

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA

LA LIBERTAD ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

Marcos Caffarena

VOCES: EJECUCIÓN PENAL. LIBERTAD ASISTIDA. JURISPRUDENCIA.
CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL.

LA LIBERTAD ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

Marcos Caffarena¹

RESUMEN

El trabajo sistematiza la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional respecto de las decisiones adoptadas por los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal en materia de libertad asistida. A partir del estudio de 125 sentencias se ofrece un análisis estadístico sobre el tipo de resolución tomada, así como también un desarrollo analítico y conceptual sobre los diferentes elementos considerados en cada decisión. El objetivo es brindar una herramienta de diagnóstico a los distintos operadores que facilite la búsqueda de fallos que se ajusten a las características de cada caso.

1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA

El propósito de este trabajo es brindar una herramienta útil para que los operadores puedan conocer los criterios más relevantes sobre libertad asistida, colaborar con el diagnóstico de los casos que puedan tener en sus manos y facilitar la búsqueda de jurisprudencia relevante de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (en adelante: la Cámara)².

En primer lugar, como labor descriptiva, expondré los elementos de la libertad asistida a partir de los distintos fallos: definición, regímenes legales coexistentes, plazo, restricciones, valor de los informes y del dictamen fiscal, y fundamentación del “grave riesgo” que debe existir para denegarla. Luego exhibiré un análisis general del material revisado y una sistematización de acuerdo con el sentido de la decisión y los aspectos que se tomaron en consideración al momento de resolver.

Para alcanzar el propósito perseguido, en una primera etapa me dediqué a la recolección del material, que fue consultado exclusivamente del Centro de Información Judicial. La búsqueda no ha quedado exenta de inconvenientes ya que las herramientas que ofrece este sitio y el modo en que se encuentran caratulados muchos de los fallos me llevaron a decidir revisar toda la jurisprudencia que se mostraba en grupos de veinte resoluciones de la Cámara dentro de un periodo de tiempo. Consideré que este modo de encarar la tarea, con un mayor tiempo y dedicación invertidos, tenía la ventaja de evitar la pérdida de casos que podían no aparecer utilizando distintas fórmulas de búsqueda. El primero de ellos data del 19 de mayo de 2015 (“Benítez”, Sala de Turno, reg. 275). La última resolución publicada, en una búsqueda que se extendió hasta el 7 de abril de 2019, fue del 11 de marzo (“Leiva”, Sala de Turno, reg. 322/2019).

En un segundo momento, de sistematización, separé los fallos dictados respecto a decisiones tomadas previamente por los juzgados nacionales de ejecución penal (en adelante: “JEP”), y los subdividí de acuerdo con el tema tratado y el año. Descarté únicamente aquellos casos en los cuales la cuestión a decidir haya sido declarada abstracta, o el recurso se haya desistido o declarado desierto.

Luego, ya separados aquellos pronunciamientos referidos a la libertad asistida, los distribuí según la decisión que se haya tomado: declaración de inadmisibilidad, rechazo u otorgamiento. A partir de entonces me dediqué a la clasificación de las distintas variables tenidas en cuenta por los tribunales para fundar la resolución adoptada, tanto la definición de los elementos legales como las circunstancias que se daban en

¹ Abogado, prosecretario administrativo de la Unidad de Letrados Móviles N° 3 ante los Jueces Nacionales de Ejecución Penal de la Defensoría General de la Nación. marcoscaffa@hotmail.com.

² Los fallos que menciono en este trabajo, si bien están disponibles en el CIJ, los pongo a disposición de quien los requiera a mi dirección de correo electrónico. También agradeceré cualquier devolución, corrección o inquietud que me quieran transmitir.

los casos en particular.

Las razones de esta elección son las siguientes: al estar prevista para los últimos seis meses antes del agotamiento de la pena por el art. 54 y ccdtes. de la ley 24.660 (en adelante, “LEP”), luego modificada por la ley 27.375 para tener lugar a solo tres meses del cumplimiento total, resulta difícil que la Cámara alcance a tratar los recursos contra las decisiones que rechazan esta modalidad de egreso. Cualquier demora durante su tramitación en los JEP que se extienda unos meses más allá del requisito temporal vuelve virtualmente irrecurrible la decisión, a menos que la persona privada de su libertad haya contado previamente con un anticipo de sus plazos por aplicación del estímulo educativo (art. 140 LEP). Esto, sumado al hecho que la Cámara entró en funciones recién el 2 de marzo de 2015, genera la ventaja analítica de permitirme revisar todos los pronunciamientos en la materia. Hallé 125 resoluciones, de las cuales 66 fueron sobre recursos declarados inadmisibles, 26 rechazos, y 33 otorgamientos. Puedo decir entonces que seguí un criterio de conveniencia porque con un muestreo relativamente pequeño puedo realizar un análisis exhaustivo.

Otro motivo es la relevancia. Actualmente la Cámara es, en principio, el último intérprete respecto a las decisiones sobre libertad asistida que adoptan los JEP, dado que la interpretación de cuestiones de derecho común es ajena a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aún si se diera el supuesto de sentencia arbitraria que habilita su intervención por vía del recurso extraordinario federal, es altamente improbable que se pronuncie antes de producirse el agotamiento de la pena³.

2. ELEMENTOS DE LA LIBERTAD ASISTIDA SEGÚN LOS FALLOS DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN⁴

2.1. Definición, alcances y finalidad

La ley N° 24.660 (BO 19/6/1996) incorporó a la libertad asistida en su art. 54. Este instituto no existía en la legislación anterior (decreto ley 412/58). Según la definición dada en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional del 6 de julio de 1995, se trata de un régimen de egreso anticipado con supervisión y asistencia en parecidas condiciones que la libertad condicional.

En su redacción original, admitía la libertad al condenado sin la accesoria del art. 52 del Código Penal seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. El juez puede denegarla solo excepcionalmente cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

En el fallo “Romano” (CNCCC, Sala 1, reg. 306, rta. 4/8/2015)⁵, la jueza María Laura Garrigós de Rébori sostuvo que al momento de sancionarse esta normativa, el legislador tuvo en cuenta como antecedente y referencia el Informe sobre la Conferencia del Grupo Regional Consultivo Europeo de agosto-septiembre 1954 (ONU-ILCAP:V), que especialmente se vincula a la conveniencia de establecer un sistema de libertad condicional para los casos que lo ameriten a modo de recompensa por la respuesta brindada al tratamiento penitenciario, o bien como forma ineludible de tratamiento, salvo situaciones excepcionales, como un medio de ir preparando lo que será la vida en libertad. En las discusiones se arribó a la necesidad de combinar ambos sistemas. La libertad condicional selectiva podría intervenir relativamente temprano en favor de los sujetos dignos de interés, mientras que una puesta en libertad bajo condiciones sería prevista de oficio, hacia el final del emprisionamiento, para los condenados que no fueran llamados a recibir el beneficio de la primera medida. Sobre la base de ese precedente, concluyó que la finalidad de la libertad asistida es diversa a los demás institutos analizados por el Capítulo II de la Ley de Ejecución. Se trata de un paso previo a que el individuo sometido a condena se desvincule definitivamente de la intervención estatal sobre su vida que implica la aplicación de una condena. Que se lo coloque en situación

³ En el mejor escenario, diría de laboratorio, con el adelanto máximo que permite el estímulo educativo (20 meses), una persona podría estar en condiciones temporales de acceder a este tipo de egreso a los 23/26 meses de cumplir su condena, según si se aplica o no la ley 27.375. Si además ocurriera que la decisión denegatoria se toma un mes antes de cumplido el requisito temporal –poco visto en la práctica–, recién ahí podría existir alguna remota chance de alcanzar el caso todas las instancias.

⁴ Para lograr un mejor análisis, en esta sección incluiré otros pronunciamientos de la Cámara que no necesariamente versan sobre libertad asistida ni responden a resoluciones de los JEP

⁵ Este precedente escapa a los restantes tratados en este trabajo, dado que fue dictado en relación a una resolución de un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional (ver nota al pie anterior).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

de libertad controlada para favorecer una reubicación favorable cuando el término de la condena arribe. Las exigencias de control se fortalecen y, paralelamente, la discrecionalidad judicial para concederla se acota a la excepcionalidad.

Sobre esta finalidad perseguida de evitar que los internos agoten la pena sin haber pasado previamente por un período de libertad bajo condiciones, en “Pesce” (Sala 2, Reg 258, rta. 17/07/2015, voto de Sarrabayrouse y Bruzzone) se sostuvo que la libertad asistida fue regulada para adecuar la legislación a los postulados internacionales referidos a la garantía del principio resocializador; en “Barraza” (Sala 1, Reg 401, rta. 24/5/2017, voto del juez García) se definió este instituto como de asistencia al condenado preparándolo frente a la proximidad de la libertad plena que recobrará con el agotamiento, motivo por el cual está previsto en un tiempo fijo que no guarda relación con la magnitud de la pena ni con los avances en los períodos de progresividad y fases. En “Peña Leyloubet” (Sala FERIA, reg. 300; rta. 31/7/2015, voto de Garrigós de Rébora al que adhirieron Días y Sarrabayrouse) se afirmó que el espíritu del instituto es lograr el ingreso paulatino y controlado del sujeto al medio social libre, en lugar de simplemente abrirle las puertas del establecimiento y librarlo a la suerte sin recursos.

En relación a la característica de excepcionalidad que supone la denegatoria (en la redacción original, previa a la [ley 27.375](#)), en el fallo “Arias” (Sala FERIA, reg. 298; rta. 31/7/2015, voto del juez Días) se resolvió que la falta de nota de concepto como consecuencia de la reciente incorporación al régimen de condenados implicaba que no existían circunstancias que justifiquen el mantenimiento del encierro. Es decir, se acentuó la noción como una presunción *iuris tantum*. La excepcionalidad muestra a las claras la intención del legislador de evitar que un condenado obtenga la libertad por agotamiento de la pena sin haber pasado previamente por un período de libertad bajo condiciones (también, “Cabail Abad”, Sala 3, reg. 304, rta. 4/08/2015, voto de los jueces Días, Garrigós de Rébora y Niño).

Uno de los principales inconvenientes de interpretación que ocasiona este instituto es el de diferenciar la consideración excepcional y fundada de la existencia de un grave riesgo con el pronóstico de reinserción social que es finalidad de la ejecución de la pena (art. 1) y requisito de la libertad condicional (art. 13 CP). Si bien esto lo desarrollaré en detalle más adelante, en uno de los últimos precedentes revisados la Cámara sostuvo que la estimación respecto a posibilidades de reinserción no es requisito ineludible de la libertad asistida, como sí lo es en la libertad condicional. También objetó que la resolución del Juzgado de Ejecución equiparó erróneamente el requisito excluyente de riesgo grave con el término reinserción social favorable. Reconoció que esta es la finalidad de la ejecución de la pena, pero aclaró que no es una exigencia estipulada en el art. 54. Añadió que la libertad asistida es una forma regular de ejecución de los últimos meses de pena en libertad y, solo por excepción, procede no concederla, la cual responde al ineludible egreso próximo, a diferencia también de lo que ocurre con el instituto del art. 13 CP (“Galiuzzi”⁶, Sala 1, reg. 1341, rta. 24/10/2018, voto de Llerena al que adhirió Rimondi).

En “Pepe” (Sala 1, reg. 355, rta. 20/08/2015, voto de Magariños) se censuró que el juez haga referencia a requisitos del art. 13 CP y se aclaró que la libertad asistida solo requiere que el condenado no represente un grave riesgo para sí o para terceros, además de ser regla su concesión. El mismo magistrado ya había afirmado en “Gómez” ese mismo día (Sala 1, reg. 354) que la adecuada reinserción no es a lo que debe atender la concesión de la libertad asistida, ya que eso es propio de la libertad condicional. Reprobó que el juez haya considerado elementos no requeridos por la norma aplicable al caso que procedían del informe del servicio penitenciario.

Sobre los elementos que se han descartado para afirmar esta excepcionalidad, en “Ojeda Silvera” (Sala FERIA, reg. 303; rta. 4/08/2015, voto de la jueza Garrigós de Rébora al que adhirió Niño) se afirmó que la insistencia en que el condenado alegue su inocencia no constituía un argumento válido, ya que no puede identificarse la posibilidad de reinserción social con el mejoramiento moral. Por su parte, en “Soldati” (Sala 2, Reg 359, rta. 20/08/2015, voto del juez Días) se sostuvo que la ley es explícita en cuanto a la libertad asistida como última posibilidad de egreso anticipado, y que no advertía causal de excepcionalidad basada en los antecedentes y la problemática relativa al consumo de sustancias, lo que consideró un criterio inapropiado que excedía el marco de competencia del juez de ejecución.

⁶ Una curiosidad se presentó en este caso. El 19/10/2018 la Sala de Turno rechazó la recusación de la jueza Patricia Llerena, quien había intervenido previamente como miembro del Tribunal Oral en lo Criminal que dictó la condena de Galiuzzi (Reg 1563). Cinco días después, dictó el voto mayoritario que concedió la libertad asistida.

Haré en lo que sigue un repaso de la evolución de este instituto:

Ocho años después de haber sido sancionada la ley 24660, se produjo la primera modificación. La [ley 25.948](#) (B.O. 12/11/2004) introdujo el art. 56 *bis* que prohíbe el acceso a la libertad asistida a quienes hayan sido condenados por los delitos previstos en los arts. 80 inc. 7°, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165, 170 anteúltimo párrafo. Además, estableció que en caso de revocatoria, el detenido debía cumplir el resto de su condena en un establecimiento cerrado (en la ley original, era uno semiabierto o cerrado). De producirse el incumplimiento reiterado de ciertas reglas previstas en el art. 55, la potestad de revocar la libertad asistida —o prorrogarla hasta que se cumpla— se transformó en una obligación de disponer el encierro, sin computarse el tiempo que duró la inobservancia.

Poco más de nueve años después de esa reforma, la [ley 26.813](#) (B.O. 16/1/2013) modificó el art. 54. A partir de entonces se exige al juez que además de requerir informes al organismo técnico criminológico y al Consejo Correccional, si corresponde, debía sumar la opinión de un equipo especializado en la asistencia de internos condenados por delitos previstos en los arts. 119 segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del CP. Para estos casos demanda también al juez que ordene un informe al equipo interdisciplinario del juzgado y notifique a la víctima o su representante para que sea escuchada de querer formular una manifestación. Además le ordenó que tome contacto directo con el condenado y lo escuche si este desea comunicarse. Autoriza al interno a presentar peritos y exige un dispositivo electrónico de control para el caso que se disponga el egreso, el cual solo puede ser dispensado por resolución judicial, previo contar con informes.

Finalmente, la [ley 27.375](#) (BO 28/7/2017) acotó para los últimos tres meses el egreso. Añadió como requisito que el interno cuente con el máximo de calificación de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. En el supuesto de inferirse el grave riesgo, convirtió en deber la denegatoria (originariamente era una potestad: “podrá”). No lo prevé más como una excepción ni continúa exigiendo resolución fundada. Agregó a “la víctima” entre los potenciales destinatarios del riesgo, y la autorizó a presentar su propio informe pericial. Por otro lado, amplió la lista de imposibilitados legales a egresar anticipadamente: arts. 80, 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafo y 130; 142 bis anteúltimo párrafo, 144, 145 bis y ter, 165, 166 inc. 2do, 170 antepenúltimo y anteúltimo párrafos, casos donde se aplique el art. 41 quinquies y 306 CP, arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737, 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

La reforma agregó como art. 56 *quáter* un régimen preparatorio para la liberación de las personas que cometieron los delitos mencionados en el art. 56 *bis*, que se produce gradualmente en el último año, con la posibilidad de salidas transitorias supervisadas durante seis meses, y salidas sin supervisión por 12 horas en los últimos tres meses. No reparó en que muchos de los delitos prevén pena de prisión perpetua, con lo cual ese último año no está determinado. Lo mismo ocurría con la reforma de la [ley 25.948](#) que impedía acceder a la libertad asistida a quienes ya lo tenían vedado por no estar sometidos a una pena temporal.

Es por esto posible que coexistan detenidos a quienes se apliquen cuatro regímenes diferentes de libertad asistida por ultraactividad de la ley penal más benigna (art. 2 CP). Según el informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena (SNNEP), que informa sobre las personas privadas de libertad en el Servicio Penitenciario Federal al 31 de diciembre del año 2017, a esa fecha había 197 detenidos desde antes del 2001 al 2004, a los que se suman 1472 entre ese y el año 2013, y 8677 en el tramo que va hasta el 2017. Esto, claro, es una aproximación a grandes rasgos dado que no conozco dentro de los años 2004, 2013 y 2017 cuántos detenidos hay antes y después de la vigencia de cada reforma. También desconozco cuántos de ellos cumplen penas perpetuas a las que no sería aplicable la libertad asistida.

Para ilustrar bajo qué norma deben regirse estos casos, la Sala 3 de la Cámara resolvió en un caso de salidas transitorias (“Panfil”, reg. 928, rta. 15/11/2016) y en otro de libertad condicional (“Gómez”, reg. 940, rta. 22/11/2016) que la reforma prevista en la [ley 26.813](#) no era aplicable cuando el delito fue cometido con anterioridad a su sanción.

En “Meza” (Sala 1, Reg 1120, Rta.: 12/9/2018) el juez Luis Niño reconoció que al interno se le aplicaba la [ley 24.660](#) según su texto del año 1996, y descartó que reformas ulteriores de sesgo restrictivo sean operativas ([25.948](#) y [27.375](#)). En “Rodríguez Melgarejo” (Sala 1, Reg 1333, rta. 13/9/2017) el juez Gustavo Bruzzone afirmó que las mayores restricciones en las disposiciones sobre período de prueba y salidas transitorias no eran aplicables para ejecución de condenas por hechos anteriores a la entrada en vigencia de la [ley 27.375](#).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En el análisis de admisibilidad sobre sanciones disciplinarias, la Cámara, tras reconocer que las normas que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad afectan en forma sustantiva y material la esencia misma de la pena, sostuvo que la [ley 27.375](#) es irretroactiva en todo aspecto en que ella repercute negativa, sustancial y materialmente sobre la pena, mientras que podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte más beneficiosa (Sala de Turno, “Schnaider”, Reg 3113 rta. 24/11/2017, voto de los jueces Morín y Garrigós de Rébora; “Bustamante”, Reg 125, rta. 19/2/2018, voto de Días y Huarte Petite; “Mambrin”, reg. 920, rta. 15/5/2018, voto de Morín y Llerena).

Próximamente la Cámara deberá resolver planteos efectuados en casos de penas unificadas que contemplan hechos anteriores y posteriores a la última reforma, para definir si deben regirse por las reglas anteriores al último delito o al primero.

Una cuestión abordada por las reformas es la de las consecuencias de la revocatoria de libertad asistida, en relación al remanente de prisión que correspondería cumplir. En “Vella” (Sala 1, reg. 1176; rta. 14/11/2017) el juez Gustavo Bruzzone entendió que no considerar el tiempo que transcurrió bajo el régimen de libertad asistida revocada por la comisión de un delito en el cómputo de pena implicaba aplicar analógicamente, en contra del penado, la consecuencia prevista en el art. 15 del CP para la libertad condicional, y no contemplada en la regulación de la libertad asistida. Luis García adhirió y aclaró que existió una imprevisión o incongruencia al introducirse la reforma de la [ley 25.948](#) que no puede ser subsanada por los jueces, ya que si la libertad asistida se revoca por otros motivos distintos a la comisión de un delito, existiría la necesidad de no considerar en el cómputo el tiempo en libertad. La [ley 27.375](#) no modificó la redacción del art. 56, por lo cual la incongruencia persiste. Esto no sucedía en la redacción original del artículo, que establecía al final, luego de detallar todos los supuestos, que “en caso de revocatoria, deberá practicarse nuevo cómputo no considerándose el tiempo que haya durado la libertad”.

2.2. Plazo

La libertad asistida está prevista para que el egreso se produzca seis meses antes del agotamiento de la pena en el caso de quienes hayan sido condenados por hechos previos a la vigencia de la [ley 27.375](#), y para los últimos tres meses de la condena para los restantes.

Para que no se frustre el acceso a esta modalidad de cumplimiento de pena, es necesario que el trámite de la incidencia previo a la resolución haya concluido. Para que esté en condiciones de resolver, debe haberse: a) producido la incorporación al programa de prelibertad entre 60 y 90 días antes (arts. 30 y 31 [ley 24.660](#)), b) constatado la inexistencia de otras causas donde interese la detención, c) recabado los informes penitenciarios apropiados según el caso (con o sin el equipo especializado en delitos sexuales y el equipo interdisciplinario, sumadas las audiencias con la víctima y el imputado). Con todo ello, además, deben haberse pronunciado la fiscalía y la defensa (art. 491 CPPN).

Uno de los principales problemas se da cuando no están reunidos todos estos elementos, más la resolución, para la fecha de cumplimiento del requisito temporal. En el mejor escenario, provoca que el egreso se obtenga restando mucho menos de seis meses. En el peor, se dicta una resolución adversa que no alcanza a ser revisada por la Cámara al ser recurrida. Del cuadro sobre los tiempos que demora un recurso ubicado más abajo se verá que en promedio se necesita algo más de cinco meses para obtener una decisión favorable. El mínimo ha sido de casi 2 meses y el máximo, 9 meses y diez días.

Sin dudas, la situación es mucho más delicada tras la última reforma, en la cual al exiguo tiempo de tres meses previo al agotamiento se suma que la denegatoria ya no es vista como excepcional ni demanda, legalmente, resolución fundada sobre la existencia del riesgo⁷. Además, en este último giro legislativo se vedó la posibilidad de sustituir las penas menores a 6 meses por tareas para la comunidad (arts. 35 inc. c y f y 50 [ley 24.660](#) original), con lo cual es esperable un considerable incremento de la población penitenciaria a la que se sumen los que antes no cumplían prisión efectiva y los que no van a poder ahora egresar

⁷ La reforma tuvo la intención de limitar los egresos. Sin embargo, dudo que en la práctica el juez tenga la audacia de rechazar la libertad sin una resolución donde brinde los fundamentos por los cuales entiende que una persona privada de la libertad no está en condiciones de egresar anticipadamente (arts. 122 y 123 CPPN). Las razones para oponerse siguen siendo virtualmente las mismas (el riesgo grave para la víctima es al fin y al cabo el mismo que hacia la sociedad), y la excepcionalidad de la denegatoria sigue siendo consecuencia lógica de la naturaleza de este instituto, aunque ahora no esté expresamente mencionada.

por libertad asistida⁸.

Respecto a esto último, en un caso donde restaban pocos días para el agotamiento de pena (“Romero”, Sala 1, Reg 202, rta. 30/6/2015) el juez Luis García se pronunció a favor del egreso. Observó el tiempo exiguo de cumplimiento de pena para obtener el agotamiento, que probablemente ninguna condición de finalidad preventiva que se imponga podía en tan poco tiempo prometer ningún resultado, y extendió esta apreciación al corto tiempo de intervención que podría tener el Estado a título de tratamiento si mantuviese la privación de libertad. El juez Horacio Días agregó, en tono crítico, que si el trámite burocrático tiene algún sentido lo es para posibilitar la decisión de fondo, por lo que casos como ese, donde la resolución del JEP tuvo lugar en enero y la de la Cámara llegó el 30 de junio, debía movilizarlos a agilizar el trámite de impugnación en materia de ejecución penal, que posibilite el reconocimiento de derechos en tiempo oportuno⁹.

En “Heredia” (Sala 3, Reg 967, rta. el 29/11/2016) y en “Frías” (misma Sala y fecha, reg. 968) el juez Pablo Jantus sostuvo que los casos de condenas cortas no son tratadas por la ley de la misma manera. Esto lo ilustró con las reglas de excarcelación (arts. 316 y 317 inc. 1 del CPPN) que establecen una presunción legal de inexistencia de riesgo de fuga para los delitos leves y, también, con la posibilidad de sustituir penas cortas de menos de seis meses por trabajos (posibilidad que estaba vigente al momento de los fallos y hoy está derogada, como señalé antes). Por lo tanto, al evaluar la libertad asistida en estos supuestos podía deducirse que no se trató de hechos que hayan afectado gravemente intereses jurídicos de terceros, y sólo se la podía denegar a partir de razones muy serias y fundadas. En el marco de una condena breve, en la que la intervención estatal en el proceso de reinserción social es muy acotada, y al no haber circunstancias graves que obstaculicen o que permitan hacer una ponderación de su conducta futura seria o concretamente, la norma debe ser otorgar la libertad para permitir que el regreso al medio social pueda hacerse con algunas pautas de control, de manera gradual y no de un día para otro sin ningún tipo de adaptación, contención o asistencia.

Tres cuestiones me restan tratar en relación a los plazos de la libertad asistida: el supuesto en que proceda antes del plazo de la libertad condicional, la posibilidad de excarcelación en términos de libertad asistida, y la aplicación del estímulo educativo.

En el citado caso “Romano” el tribunal de origen, que lo había condenado a la pena de ocho meses de efectivo cumplimiento, había entendido que la libertad asistida y la condicional no podían aplicarse indistintamente según sea más beneficioso para el condenado, sino que poseen un orden lógico de prelación. De no seguirse ese criterio, la condena remitiría a penas inferiores al año y 2 meses de prisión. Con la original redacción del art. 54 de la LEP, cualquier pena menor a ese tiempo encontraría el requisito temporal satisfecho (6 meses antes del agotamiento) antes que se cumpla el mínimo de 8 meses previsto para la libertad condicional cuando la condena no supera los 3 años¹⁰. La misma postura compartió el juez Bruzzone, quien sostuvo que el principio *in dubio pro reo* propio de las pruebas de culpabilidad no es aplicable a la interpretación de las normas. De manera pretoriana sostuvo que no correspondía conceder la libertad asistida sin que un condenado haya cumplido mínimamente 8 meses de prisión en penas mayores a los catorce meses. Para evitar que penas superiores a ese plazo coloquen en mejor posición a los

⁸ Al 12 de noviembre de 2018, el SPF informaba en su sitio web la superación de sus plazas disponibles (12235) en 755 personas. Al 30 de abril de 2019 este número se incrementó a 1922. Un 115,71% de la capacidad total.

⁹ Esto, en cierta medida, también refuerza lo que se dirá más adelante sobre la declaración de inadmisibilidad de los recursos y las circunstancias que motivaron que la Cámara dictara la acordada 7/2017.

¹⁰ Cualquier pena de prisión efectiva menor o igual a seis meses donde no se haya aplicado la sustitución por tareas (ya no disponible por la ley 27.375) ingresaría automáticamente en tiempo para obtener la libertad asistida sin que se cumpla un solo día de detención. Cada mes por encima de seis supondría el equivalente de tiempo que debe cumplirse detenido antes de hacer operativo el requisito temporal de la libertad asistida. Recién con una condena de 14 meses estaría la persona privada de libertad tras ocho meses de prisión en condiciones de acceder tanto a la LC como a la LA, aunque esta última prevé menos requisitos para su concesión, y no está vedada a los reincidentes. Estas ecuaciones harían también inaplicables la prisión discontinua o semidetención (que también han dejado de estar disponibles en el supuesto de penas menores a 6 meses en la última reforma).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

condenados reincidentes, quienes no podrían obtener la libertad condicional ni la asistida si son condenados entre ocho y catorce meses¹¹, entendió que correspondía habilitar la libertad asistida en estos supuestos para el plazo remanente luego de cumplidos ocho meses de encierro¹².

La jueza Garrigós de Rébora replicó que la pertinencia de la libertad asistida no puede evaluarse en relación a la sanción impuesta, porque lo relevante no es que sea un porcentaje de tiempo que debe cumplirse, sino que es una forma de cumplimiento ineludible e inexorable, como lo es el hecho de que toda condena es finita. Tampoco es un instituto coordinable con los otros sistemas de semidetención o libertad condicional porque es aplicable recién cuando esos otros no lo han sido. Su objetivo es distinto: la preparación para su retorno a la vida libre (art. 30 LEP). Niño agregó que la no incorporación al programa de prelibertad del caso fue consecuencia del escaso tiempo transcurrido desde la condena, pero tal circunstancia no podía cargarse en la cuenta del afectado. Aclaró que no es su tarea de hermeneuta el mejorar las condiciones de la ley a riesgo de vulnerar el principio de legalidad y su lógico derivado, el de máxima taxatividad interpretativa. Luego adhirió a la preopinante y propuso que en todo caso la situación se resuelva aplicando estrictas condiciones.

Respecto a la viabilidad de la excarcelación en términos de libertad asistida, la Cámara ha reconocido esta posibilidad por aplicación del principio de proporcionalidad, justificando la omisión dentro del catálogo del art. 317 del CPPN por ser esta una ley anterior a la entrada en vigencia de la [ley 24.660](#), y admitiendo que el art. 11 de la [ley 24.660](#) permite su aplicación a los procesados a condición que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más útiles y favorables para resguardar su personalidad (Sala 2, “Gómez”, reg. 77, rta. 15/2/2016 –voto de Sarrabayrouse y Niño, disidencia de García; Sala 3, “Juárez”, reg. 548, rta. 15/5/2018, y “Cabral”, reg. 550, resuelta el mismo día por la misma Sala –voto de Magariños, Jantus y Huarte Petite).

El pronóstico para obtener una resolución a tiempo mejora en aquellos casos donde pudo aplicarse el estímulo educativo previsto en el art. 140 de la LEP, según la reforma introducida en la [ley 26.695](#). De acuerdo con esta norma, los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad se reducen de acuerdo con los logros educativos alcanzados. En “Barraza” (Sala 1, reg. 401, rta. 24/5/2017) el juez García sostuvo que, a su criterio, el estímulo no es aplicable porque la libertad asistida no está prevista como un período de la progresividad del régimen. Está diagramada para tener lugar en un tiempo fijo. Sin embargo, reconoció que la cuestión quedó resuelta por la CSJN, pese a haberse pronunciado en una cuestión de derecho común (V.124, L° XLIX, “Villalba, Miguel Clemente”, 7/10/2014). El juez Luis Niño sumó como contraargumento que la cuestión fue también contemplada en el [decreto 140/2015](#) publicado el 10/2/2015 que reglamentó el capítulo VIII de la [ley 24.660](#)¹³. Desde entonces se admite que este instituto aproxime el requisito temporal para esta modalidad de egreso. Si se observa nuevamente el cuadro del tiempo de demora de los recursos, se advierte que muchos de esos casos han tomado más de seis meses en definirse, lo que refleja que eran supuestos en los que los detenidos habían obtenido un reconocimiento educativo.

2.3. Incorporación al régimen de condenados y concepto

A veces relacionado con el plazo y la reciente incorporación al régimen de condenados, y otras, con el pronóstico de readaptación que se mezcla con la presunción de grave riesgo, el concepto suele ser un punto que se analiza en las incidencias de libertad asistida. Según la ley, consiste en la ponderación de la evolución personal de la que sea deducible la mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social, y debe ser tomado como base para el otorgamiento de la libertad asistida (arts. 101 y 104 de la [ley 24.660](#)).

En “Espinosa” (Sala de FERIA, reg. 3, rta. 7/1/2016, voto de García, Morín y Sarrabayrouse) se sostuvo que el concepto no es dirimente, salvo en la medida que sus fundamentos ofrezcan una base objetiva para estimar un pronóstico de peligrosidad. La baja calificación de concepto por defecto de cumplimiento del programa de tratamiento individualizado solo tendría peso en la medida que pudiese dar indicio de tal

¹¹ Si, por ejemplo, fueran condenados a quince meses, podrían obtener la libertad asistida a los nueve. En cambio, una condena de 14 o menos para el reincidente sería de cumplimiento efectivo siguiendo la regla propuesta por el juez Bruzzone.

¹² En una pena de nueve meses, ocho de encierro y uno de LA.

¹³ Da la impresión que esa reglamentación, sin embargo, fue más allá de los límites de la propia ley.

peligrosidad. Agregó que ello no ocurría en el caso cuando la calificación tenía en consideración el incumplimiento de objetivos del área educativa. Casi con la misma integración –Días en lugar de García– en “Moser” (Sala 2, reg. 315, rta. 27/4/2017) se señaló que no era desacertado que la primera calificación asignada a un interno sea negativa por no poder ponderarse el resultado del tratamiento aplicado, y que no era irrazonable ante una pena de corta duración que la calificación se base en la historia criminológica. En el primer caso se concedió la libertad, y en el segundo se rechazó.

En “Arias” (Sala de FERIA, reg. 298, rta. 31/7/2015) el juez Horacio Días sostuvo que la falta de concepto motivada en la reciente incorporación al régimen de condenados no podía operar en perjuicio del solicitante porque ello obedece a cuestiones administrativas del SPF que no le son achacables. La imposibilidad de medir sobre la base de ese guarismo el nivel de peligrosidad implica que no existen circunstancias excepcionales que justifiquen mantener el encierro. Sin embargo, en “Palmisano” (Sala de Turno, reg. 1132, rta. 5/10/2016, voto de Niño, Mahiques y García) se rechazó el egreso de quien no tenía concepto y había sido excluido del Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria. Finalmente, en “Barrientos” (Sala de Turno, reg. 874, rta. 24/8/2016, voto de Sarrabayrouse, Jantus y Días) se declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos al no haber demostrado la defensa el error de ponderar el concepto y los informes del Consejo Correccional.

La cuestión presenta serias dificultades a quienes se desempeñan en la defensa. En su art. 55 el [decreto 396/99](#) habilita a los internos a plantear su recalificación judicial si no prospera el mismo planteo realizado ante el Consejo Correccional. Las calificaciones de conducta y concepto, a su vez, son asignadas trimestralmente. El criterio de las autoridades penitenciarias para asignar una u otra nota es completamente arbitrario, y existen muchos casos de detenidos que sin tener objetivos incumplidos obtienen una calificación baja. No puedo dejar de mencionar que de la calificación dependen los avances dentro de la progresividad del tratamiento, la cantidad y duración de las visitas, la variedad de actividades disponibles, el tipo de alojamiento, etc. El SPF se reserva una enorme cuota de poder al decidir quién obtiene una u otra calificación y, con ello, administra las expectativas para acceder a distintos derechos.

Se hace extremadamente difícil obtener informes de calidad en el espacio de un trimestre, de parte de las mismas autoridades cuya actuación va a ser cuestionada, y lograr que el juez de ejecución se expida antes que un nuevo trimestre acontezca. Si a ello se suma que la resolución puede ser adversa, es ya casi imposible acceder a una revisión por vía de recurso. Eso es lo que he notado hasta ahora, donde todos los planteos elevados a la Cámara desde su creación, en materia de recalificación, han sido en su totalidad rechazados por inadmisibles, al considerar la cuestión abstracta o por no haber demostrado un agravio actual. Esto ocurre, precisamente, porque para cuando llega el turno de ese tribunal para pronunciarse, ya han transcurrido varios trimestres desde el periodo cuestionado.

En su mayoría, la Cámara entiende que el riesgo y el pronóstico de reinserción son términos conexos y, por lo tanto, el concepto da una pauta ineludible (art. 104 de la LEP). Sin embargo, es importante no tomarlo como un parámetro para mensurar la personalidad y sobre ese supuesto afirmar la presencia del peligro. Para compatibilizar esta noción con el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional y no afectar el principio de culpabilidad –en relación a hechos futuros– con argumentos propios del derecho penal de autor, una posibilidad es tomar la “ponderación de su evolución personal” del art. 101 de la LEP como una referencia a los méritos acumulados individualmente en el cumplimiento de los objetivos durante la ejecución de la pena, y no como una evolución de la personalidad¹⁴.

2.4. Conformidad fiscal

Páginas atrás concluí que en todos los casos –aclarados en las resoluciones– en los que hubo conformidad de la Fiscalía con la concesión de la libertad asistida, existió pronunciamiento favorable en la Cámara. En líneas generales, lo que discuten los fallos gira en torno a si el dictamen fiscal es vinculante cuando coincide con el petitorio de la defensa y el juez únicamente está limitado a realizar un control de legalidad, o si puede apartarse con un mayor esmero argumental. Una de las objeciones que suele plantearse es que el “acuerdo” no puede pactar sobre normas de orden público. En ese caso debería establecerse si las

¹⁴ Esta interpretación la tomo de una clase dada por Sergio Delgado, quien diferencia el art. 101 de la LEP con el art. 51 de la anterior legislación vigente (decreto-ley 412/58) que establecía que el concepto se deducía partiendo de manifestaciones de conducta sobre su carácter, tendencia, moralidad o demás cualidades personales para formular juicio sobre grado de recuperación alcanzado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

partes han realizado una interpretación razonable de las normas en juego y aceptarla como tal, o si el sentido que se da a una disposición es netamente labor judicial y no puede verse restringida por una postura divergente¹⁵.

2.5. Valor de los informes penitenciarios

Ya he mencionado que, de acuerdo con el trámite de la libertad asistida, el juez debe recabar varios informes previo a resolver (art. 54 ley 24.660, arts. 94 y 102 del decreto 396/99).

Nuevamente la cuestión es delicada para la labor diaria de los operadores, puesto que existen escasos controles sobre la labor penitenciaria en lo que hace a la asignación de objetivos, su supervisión y evaluación. Todo ese trabajo se vuelca en un acta la cual, salvo notorias contradicciones, es difícil de refutar. Por mucho que se insista desde la práctica es difícil conocer si los pasos enumerados en el decreto 396/99 (arts. 7, 10, 11, 39, 41 incs. g y h, 42, 50/55, 58, 62/66, 69, 74, 76/83, 97, 99/104), se observan correctamente o si muchos de los déficits marcados a los detenidos en su tratamiento no son consecuencia de falta de recursos o su mala administración por parte del SPF (capítulos III, VII/XIII, XV y XVII de la LEP).

En “Murta” (Sala 3, reg. 656, rta. 10/11/2015, voto de Magariños y Mahiques) se afirmó que los informes técnicos no pueden ser evaluados como arbitrarios en un sentido jurisdiccional, ya que los jueces carecen de elementos para valorar en ese sentido un informe de esas características, salvo que de manera absolutamente evidente se presente como ajeno al sentido común (criterio mantenido en “Spivacow”, reg. 746, rta. 20/9/2016, y “Heredia”, reg. 967, rta. 29/11/2016).

También, sobre la valoración de los informes la misma Sala sostuvo en “Miranda” (reg. 768, rta. 22/8/2017, voto de Magariños, Jantus y Huarte Petite) que no deben hacerse desarticulaciones de los informes pretendiendo demostrar contradicciones que solo se sostienen si uno va asperjando distintos aspectos, sin llevar a cabo una lectura integral.

Las conclusiones expuestas no deberían ser tomadas categóricamente. Es claro que un abogado no puede discutir en pie de igualdad cuestiones que hacen a las especialidades psiquiátricas, psicológicas, médicas o de asistencia social, que deben integrar el servicio criminológico o el área de asistencia sanitaria (arts. 87/88 decreto 396/99). En tales supuestos solo correspondería exigir mayor información sobre la base fundante de las conclusiones (método empleado, cantidad y extensión de entrevistas) y contrastarlas, si es posible, con la ayuda de peritos de parte. Sin embargo, no todos los puntos que deben ser comunicados en los términos del art. 102 del decreto versan sobre cuestiones “científicas”. Además, si bien la ley no puede refutar a la ciencia, sí puede limitar sus metodologías y el alcance de sus conclusiones. Es perfectamente viable cuestionar la idoneidad o imparcialidad de un miembro del Consejo Correccional –por ejemplo, cuando tiene enemistad manifiesta con un interno–, o remarcar que no se han cumplido con los procedimientos de evaluación –faltan las actas, no existieron entrevistas durante un tiempo prolongado, la cantidad de personal de cada área de evolución es insuficiente para abarcar la cantidad de detenidos de acuerdo a lo señalado en el art. 89 del decreto 396/99 –. También es correcto insistir en que la resolución sea adoptada por el juez sobre los elementos, actividades y objetivos evaluados y no sobre sus conclusiones extraídas, puesto que al fin y al cabo es el magistrado quien debe considerar si existen graves riesgos. En esto la libertad asistida se diferencia de otros institutos como la libertad condicional o las salidas transitorias donde los arts. 13 del C.P. y 17 de la LEP ponen en cabeza de otros organismos evaluar el pronóstico de reinserción o el efecto beneficioso de los egresos. El art. 54 ordena al juez rechazar la libertad ante su consideración de un riesgo.

Hay numerosos puntos que pueden y deben ser litigados. Caso contrario se estaría sosteniendo la idoneidad, relevancia y confiabilidad de los informes por la mera ostentación del título universitario de su emisor. Dentro de un régimen legal que establece el control judicial al comienzo y al final de su redacción (arts. 3, 4 y 208), y en un contexto donde según el citado informe del SNEEP al 31 de diciembre de 2017 el 29% de la población (por ese entonces de 11.861) no tenía trabajo remunerado y otro 9% trabajaba menos de veinte horas semanales, el 70% no participó de un programa de capacitación laboral, el 11% no fue incluido en programas educativos y el 17% no recibió asistencia médica (se desconoce si la requirió, y además este ítem no incluye atención psicológica), el juez debería estar abierto a que los informes sean

¹⁵ La reciente publicación de la obra “Acusatorio y Ejecución Penal” del Dr. Rubén Alderete Lobo (Editores del Sur, año 2018) me exime de continuar profundizando este tema.

controvertibles. Los valores mencionados deben haber empeorado si se considera la sobrepoblación actual. No me parece entonces prudente que se confíe ciegamente en la objetividad, idoneidad y transparencia de la información que brindan las autoridades administrativas a quienes tienen la misión de supervisarlos y que, por lo tanto, es esperable que no reporten sobre déficits que les son propios.

En un sentido contrario a los precedentes expuestos, la Sala 1 en “Gómez” (reg. 354, anteriormente citada) sostuvo que el dictamen desfavorable del consejo no se presenta como razonable y fundado cuando cada una de las áreas se expide en forma positiva respecto de los objetivos propuestos al interno, pero dan una conclusión negativa sobre el egreso en base a lo informado por la División Criminológica. Se objetó también que se hizo referencia a cuestiones más relacionadas con la libertad condicional que con la asistida.

Algo similar ocurrió en el fallo “Godoy” (Sala 2, reg. 287, resuelta el 20 de abril de 2017) en el cual los jueces Morín, Días y Sarabayrouse declararon nula la resolución del JEP porque se fundó en informes penitenciarios que tenían una conclusión negativa sin dar argumentos que la justifiquen. Más recientemente, en “Andrino” (Sala 1, reg. 109, del 21 de febrero de 2019) los jueces Jantus y Rimondi cuestionaron que la conclusión del organismo técnico no se compadecía con sus informes individuales.

En la práctica, frecuentemente se invoca un criterio por el cual solo es posible apartarse del criterio del consejo correccional cuando este es manifiestamente infundado o arbitrario¹⁶. Cierta analogía entre el control negativo de legalidad que realiza el juez respecto a los requerimientos del Ministerio Público Fiscal no es automáticamente aplicable en este supuesto donde se analiza lo informado por el órgano penitenciario.

Se afirma que la Fiscalía, como titular de la acción, ocupa un rol determinante que puede decidir la suerte de varias incidencias en caso de no manifestar interés, por ejemplo, en mantener un encierro. El juez no podría subrogar esta función porque le es ajena dentro de la división de poderes y funciones, y también como mecanismo para evitar que actúe con parcialidad. En su carácter de intérprete de la ley le corresponde únicamente comprobar que los requerimientos respeten aquellas reglas que son de orden público y que se definen incluso las reglas de competencia y actuación de las partes. Por esto es claro que se limite al referido control negativo de legalidad.

Ahora bien, es claro que el Servicio Penitenciario más allá de su papel como custodio de las personas privadas de la libertad, y de las múltiples reservas de tipo administrativo con las que cumple esta función y se rige, a la hora de dictaminar sobre la viabilidad de un egreso, un pronóstico de reinserción o el señalamiento de indicadores de peligro, no lo hace como parte interesada y su opinión no es dirimente. Todo aquello que exponga debe ser sometido a las reglas de valoración de la prueba –la sana crítica mencionada en el CPPN en los arts. 241, 263 y 398-. Por eso también, previo a la resolución judicial, existe una sustanciación donde la defensa y la fiscalía transmiten su punto de vista (art. 491 CPPN). Entonces, no basta con que lo dicho por el consejo correccional tenga fundamentos o no sea arbitrario para que deba ser atendido. En todo caso tal circunstancia, así como también la formación profesional de los intervinientes –psicólogos, psiquiatras, abogados, educadores según el art. 87 del decreto 396/99- y el hecho del trato cotidiano con el interno son aspectos que hacen al peso de sus afirmaciones, pero que perfectamente podrían ser contrarrestados por otros informes o incluso con una adecuada argumentación que, por ejemplo, reafirme o mitigue el peligro latente sostenido. Justamente, ya que el juez debe resolver sobre los egresos –art. 4 inc b de la LEP- previo escuchar a las partes, es claro que la calidad de fundado o de falta de arbitrariedad de un informe penitenciario no es una característica inmanente de este, sino una cuestión sobre la que debe darse el contradictorio con la posibilidad cierta de poder incidir

16 Por ejemplo, uno de los precedentes más citados por la Unidad Fiscal de Ejecución Penal y por la Cámara es el voto de Gustavo Bruzzzone en el fallo “Navarro” (Sala 1, reg 687, rta 15/05/2017) donde sostuvo que “(...) Es el consejo correccional de la unidad penitenciaria donde se encuentra alojado el interno quien confecciona su tratamiento y lo evalúa periódicamente. Es por ello que su opinión, si bien no es vinculante, sí resulta decisiva a la hora de incorporar al interno a alguno de los institutos contemplados en la Ley n° 24.660 (...) Así como el juez de ejecución debe efectuar el control negativo de legalidad sobre lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal –y no puede desecharlo por no compartir sus fundamentos–, el fiscal debe evaluar seriamente lo informado y recomendado por el consejo correccional (que es quien mejor conoce al interno), y apartarse únicamente en caso de advertir que la opinión de la autoridad penitenciaria resulta manifiestamente infundada y/o arbitraria. En definitiva, un fiscal que se aparte de lo recomendado por el consejo correccional, por el sólo hecho de disentir con los criterios utilizados por los profesionales que lo integran, no resulta razonable, y en consecuencia no es susceptible de transitar airoso el control negativo de legalidad que debe efectuar el órgano jurisdiccional (...)”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

en el resultado de la incidencia. Si no existieran márgenes de debate o controversia, no habría trámite judicial posible y la decisión penitenciaria sería final.

2.6. Improcedencia

En este apartado trataré los siguientes supuestos: prisión perpetua, detención en otro proceso, revocatoria previa y unificación pendiente.

De acuerdo con el fallo “Mare” (Sala 1, reg. 157, rta. 10/3/2017, voto de García, Garrigós de Rébora y Días), el juzgado de Ejecución interviniente dispuso tener por agotada la pena a los 25 años, ya que no quedaba otra forma de limitar la prisión perpetua al estar impedida la libertad condicional por haber sido declarado reincidente. Sin embargo, se negó a fijar el término para acceder a la libertad asistida por considerar que este instituto solo está previsto para condenas temporales, lo que no sucedía en el caso aún pese a la fijación de una fecha de agotamiento. La Sala consideró inadmisibles los recursos por existir un agravio eventual o conjetural, al no estar próximo a los seis meses previos a la fecha fijada para dar por cumplida la pena. Sin embargo, tiempo después, en “Meza” (Sala 1, reg. 1120, rta. 12/9/2018, voto de García, Bruzzone y Niño), ante un presupuesto idéntico –sumado al rechazo del estímulo educativo por haber sido superados ya todos los institutos a los que podía aplicarse y a que además de la declaración de reincidente se había condenado al requirente por el delito de homicidio *criminis causae*– directamente se denegó el recurso por no estar prevista legalmente la libertad asistida para estos casos, aun cuando se fijó una fecha de agotamiento.

Respecto a las detenciones en procesos paralelos, en el fallo “Villa” (Sala de Turno, reg. 941, rta. 23/10/2015, voto de Niño, García y Mahiques) y en “Firmapaz” (Sala de Turno, reg. 180, rta. 29/2/2016, voto de Garrigós de Rébora, Sarrabayrouse y Jantus) se declaró la inadmisibilidad por falta de agravio actual, dado que la orden de detención impedía obtener la libertad anticipada. Se remarcó que el carácter conjetural del agravio se desprendía al ser la finalidad perseguida por la defensa el obtener una resolución favorable en abstracto –en el trámite de libertad asistida, su concesión aunque no pueda efectivizarse para mejorar las chances de ser excarcelado en la causa paralela.

Otro supuesto se da cuando existe una unificación de condenas pendiente, y fue tratado del siguiente modo: en “Riquelme” (Sala 1, reg. 352, rta. 20/8/2015) los jueces García y Magariños sostuvieron que ninguna disposición de la ley declaraba expresamente que obste a la concesión de la libertad asistida la pendencia de un procedimiento de unificación de condenas o de penas, y que esto solo podía ocurrir si ésta arrojará una pena única donde restase un tiempo mayor a seis meses para el agotamiento, pero tal era una hipótesis incierta en la que debían darse ciertas condiciones procesales y sustantivas que no estaban presentes en el caso. Mientras tanto, la única pena a ser ejecutada era la impuesta respecto a la cual se aplica el régimen de progresividad. Aclararon que de seguir el razonamiento de pendencia de procedimiento de unificación podría sostenerse por carácter transitivo *a fortiori* que tampoco es viable la libertad a la fecha de agotamiento por modificación del quantum punitivo.

Sobre el caso de revocatoria de una libertad asistida por la comisión de un delito y el posterior requerimiento de esta modalidad de egreso en la pena única luego dictada, la Sala 3 en “Cabail Abad” (reg. 304, rta. 4/8/2015) sostuvo que el caso de unificación de penas del art. 58 CP implica pérdida de individualidad de cada una de ellas, para transformarse en una nueva sanción, única y definitiva, a la que le son aplicables todos los mecanismos de egreso anticipado. De hecho, si la unificación no se hubiera producido, de todos modos hubiera podido acceder en cada condena a la solución del art. 54 LEP (jueces Días, Garrigós de Rébora y Niño).

Para concluir este apartado, recientemente la Sala 2 en “Jara” (reg. 1328, rta. 18/10/2018) declaró la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 en el caso de una condena por el delito de homicidio *criminis causae* a quien era menor de edad al momento del hecho. El juez Sarrabayrouse entendió que esta disposición lesiona el principio de igualdad al determinar una distinción irrazonable entre los condenados, violando el principio de resocialización que exige contar con el denominado *derecho a la esperanza*, propio de la ejecución de las penas privativas de la libertad. También hizo remisión a los fallos “Maldonado” (328:4343) y “A., C.J.” (causa 743/2014 del 31/10/2017) de la CSJN. El juez García remarcó que la prohibición es inconciliable con el art. 37 inc. b, y 40.1 y 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aclaró, sin embargo, que ello no torna en obligatorio el egreso anticipado, pero por lo menos debe estar habilitado su análisis.

2.7. Grave riesgo

Posiblemente este elemento, que de ser afirmado obsta a la concesión de la libertad asistida, es el que más problemas genera en su interpretación y los múltiples sentidos que se le ha asignado. La noción propia de grave riesgo o peligrosidad resuena a positivismo criminológico y al derecho penal de autor, mientras que la posibilidad de evaluarlo contiene notas próximas al actuarialismo punitivo.

A nivel jurisprudencial, son conocidas las consideraciones volcadas en el caso “Fermín Ramírez v. Guatemala” (Corte IDH, Serie C n° 126, sentencia del 20 de junio de 2015), y por la CSJN en “Gramajo” (G.560.XL, 5/09/2006), “Maldonado” (328:4343) y “Argul” (330:5212). Especialmente en lo que hace a ciertas presunciones que se extraen de las estadísticas o grandes números, y su inoponibilidad al caso individual.

Muchas de las cuestiones a ser consideradas ya fueron tratadas en este trabajo. La excepcionalidad con la que debía rechazarse la libertad asistida, a mi modo de ver, sigue presente aún pese a que ha sido eliminada del texto legal en la última reforma. Su razón está dada en que la denegatoria solo puede fundarse en el grave riesgo y este debería materializarse dentro de un plazo aún más exiguo que en la redacción original del art. 54 de la LEP. Además, hoy se exige contar con el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado¹⁷. Entonces, para quien se encuentra a tres meses de cumplir su pena y ostenta una conducta ejemplar, sin dudas la decisión que afirma que su egreso constituirá un peligro para él, la víctima o la sociedad deberá sostenerlo con buenos fundamentos puesto que esos dos indicadores —el tiempo y el comportamiento— generan una marcada presunción favorable. Por este motivo, y también por el deber de fundamentar sentencias y autos (arts. 122 y 123 del CPPN), más aún cuando se decide mantener una situación de privación de derechos, estimo que tampoco debería tener implicancias prácticas el hecho que ya no se demande resolución fundada.

Otra interpretación podría indicar que el carácter de excepcional refería a que debían descartarse otras alternativas para aminorar el riesgo antes de decidirse el rechazo de la libertad, que quedaba así como último recurso. En cambio hoy, ante el peligro, no resultaría imperativo el evaluar otros remedios. Esta postura hipotética de todas formas entiendo que podría ser desestimada en base a un juicio de proporcionalidad y racionalidad. El encierro continúa siendo una fuente inagotable de privaciones y daños, además de trascender a otros derechos y otras personas. Tales características deberían llevar a que nunca sea la primera o la única opción.

Grave riesgo sigue siendo la fórmula empleada por la ley. No se habla de delito, y entiendo que ello puede tener sentido porque el condenado no podría delinquir contra sí mismo, salvo que se entienda que el grave riesgo hacia él emana de terceros (por ejemplo, que se encuentre bajo amenaza de la víctima o sus allegados). Sería una anomalía evidente que en ese caso la medida preventiva deba ser soportada por el destinatario de la amenaza y no por su emisor. Si el riesgo, en cambio, es del penado hacia sí mismo, correspondería que la cuestión no sea ya regida por la [ley 24.660](#), sino por la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, aunque incluso de sus lineamientos se desprende que la existencia de diagnóstico en ese campo no permite en ningún caso presumir riesgo de daño (art. 5) y que la internación involuntaria es el último recurso (art. 9 y capítulo VII). La restricción tendría aquí carácter de medida de seguridad, lo que también podría tener efectos sobre la competencia del juez que debe entender y el establecimiento donde se continúe.

¿El grave riesgo es hacia un bien jurídico en particular o se mide en abstracto? ¿es riesgo de daño a un bien o el adjetivo de “riesgoso” de un sujeto? ¿su evaluación se hace retrospectivamente en base al tratamiento recibido o por circunstancias que se constatan en el presente y se avizoran en el futuro? ¿es válido fundarlo en características de la personalidad? ¿la reinserción entendida como comprensión y respeto de la ley, la gravedad de los actos y la sanción impuesta, no es al fin y al cabo un juicio de peligrosidad? ¿se mide genéricamente por factores criminógenos o individualmente por conducta y contención? Expondré lo que dice la Cámara al respecto.

¹⁷ En su artículo “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en la Argentina” Rubén Alderete Lobo sostiene que este agregado es un resabio de la legislación anterior, ya que el “Reglamento para el funcionamiento de los consejos correccionales”, Resolución nro. 731 de la Dirección Nacional de Servicio Penitenciario Federal del 24/06/86, Boletín Público Penitenciario 1729, artículos 8, 11 y 12 condicionaba la calificación de conducta de acuerdo con el monto de la pena y el tiempo que se registró una calificación anterior determinada.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En “Mini” (Sala de FERIA, reg. 11/2016, rta. 12/01/2016, voto de Días, Morín y Sarrabayrouse) se sostuvo que el juez debía dar fundamentos concretos de cuáles riesgos se dan. Caso contrario, estaría operando una inversión de la carga en contra del detenido.

En un sentido similar, en “Machado Marcial” (Sala 1, reg. 103/2017, rta. 23/2/2017, voto de García, Días y Garrigós de Rébora) se afirmó que debía señalarse en qué reside el riesgo y sobre qué base se infiere su existencia.

De acuerdo con el fallo “Aranda Arguello” (Sala 3, reg. 1033, rta. 17/10/2017, voto del juez Huarte Petite) hay una distinción entre el pronóstico de reinserción propio de la libertad condicional, que supone el reintegro con mucha anticipación, de lo que se exige en la libertad asistida. El pronóstico, al resultar una gran imprecisión, puede estar sujeto a decisiones teñidas de una gran arbitrariedad, y el juez no demostró en qué pautas de conductas anteriores y del tratamiento en sí se derivaría que el egreso supondría un grave riesgo.

Según la doctrina de “Escudero” (Sala de Turno, reg. 1425, rta. 18/11/2016) la evaluación no consiste en determinar el futuro, pero resulta formalmente mensurable la mayor o menor posibilidad de reinserción. La cuestión gira en torno a determinar legitimidad del acto administrativo en base a cuestiones objetivas, verificables y ponderables. En el caso específico, los antecedentes adictivos y la falta de conciencia de enfermedad e interés en comenzar un tratamiento, que determinaron la baja calificación conceptual, fueron considerados relevantes para tener por justificada la decisión de rechazo (voto de Días, Sarrabayrouse y Jantus).

En el fallo “Barraza” (Sala 1, reg. 401, rta. 24/5/2017) el juez García señaló que el grave riesgo requiere de puntos de apoyo tópicos, es decir que no se trata de una mera cuestión de interpretación de la ley y del significado de la excepción. Similar postura mantuvo en “Dueñas Berrocal” (Sala 1, reg. 307, rta. 12/12/2017). En el primer caso estos puntos le permitieron confirmar la decisión que rechazaba la libertad, y en el segundo, revocarla.

Respecto a la evaluación del tipo de riesgo, en “Heredia” (Sala 3, reg. 967, rta. 29/11/2016) los jueces Magariños y Mahiques afirmaron que la norma no exige evaluación de riesgos concretos, sino que se enmarca en un criterio de ejecución de la pena orientada desde la prevención especial. No es posible que sea en concreto, sostuvieron, porque exige una ponderación a futuro.

Un caso interesante donde sí se evaluó la presencia de un riesgo concreto fue “Fariás” (Sala 3, reg. 1025, rta. 13/12/2016). Allí, para rechazar el egreso Magariños y Jantus consideraron relevante el hecho de que el interno haya escrito cartas amenazantes a una mujer, lo que generó una denuncia por hostigamiento y una prohibición de contacto que no fue observada.

En un sentido similar, en “Clavel” (Sala 3, reg. 311, rta. 25/4/2017) se afirmó que es necesario contar con contención económica, social y afectiva que permita una efectiva reinserción y haga presumible que el proceso de readaptación podrá seguir adelante en el medio libre. Ello se descartó porque la referente señaló haber sido víctima de hostigamiento y amenazas (voto de Jantus, Magariños y Mahiques).

Algo parecido ocurrió en “Moser” (Sala 2, reg. 315, rta. 27/4/2017) en el cual se evaluó que además del bajo concepto construido en base a la historia criminológica, los referentes no habían acordado que el detenido obtenga su libertad anticipada al carecer de voluntad de cambio genuino para compartir una nueva convivencia (voto de Sarrabayrouse, Morín y Días).

Sobre la distinción entre libertad asistida y condicional, cabe volver a recordar el caso “Galiuzzi” que ya se citó anteriormente. De acuerdo con este precedente, la estimación respecto a posibilidades de reinserción no es un requisito ineludible de la libertad asistida, como sí lo es en la libertad condicional. No es posible equiparar el requisito excluyente de riesgo grave con el término reinserción social favorable, aunque esta sea la finalidad de la ejecución de la pena.

En un sentido intermedio, que da preeminencia a la reinserción social como parámetro, en el fallo “Barrios” (Sala 1, reg. 612, rta. 4/11/2015, voto de García, Bruzzone y Días) se sostuvo que guía toda la ejecución penal. También se afirmó que la calificación de concepto y el informe del Consejo Correccional no son dirimientes y el juez puede apelar a otros argumentos. En este precedente, se definió que no puede hablarse de cualquier riesgo, sino solo de que puesto en libertad, el individuo cometa nuevos delitos.

Por otro lado, en “Sánchez” (Sala de FERIA, reg. 25, rta. 15/1/2016) quedó establecido que riesgo es de reiteración, que en concreto se evaluó de acuerdo con la mala conducta y las sanciones, demostrativas de falta de adaptación a normas del orden y comportamiento (voto del juez García al que adhirieron Morín y Sarrabayrouse).

Una postura interesante es la presente en el caso “Baglioni” (Sala de FERIA, reg. 16, rta. 15/1/2016). El voto del juez García, al que adhirieron Morín y Sarrabayrouse, a partir de una extensa interpretación de los antecedentes que dieron nacimiento a los artículos 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostuvo que la reinserción social no es el único fin de la pena. Entendió que, incluso, la presencia del art. 56 ter de la LEP refleja que otra finalidad puede ser la prevención especial negativa. Agregó a su análisis que no hay en los instrumentos internacionales garantía de liberación anticipada para todos los casos, y que el tratamiento penitenciario no es obligatorio, pero solo si el interno los acepta podrá convencer al juez de los resultados positivos y tener la oportunidad de gozar de una libertad anticipada.

En un sentido similar, en “Tapia” (Sala de FERIA, reg. 110, rta. 22/2/2016) Sarrabayrouse consideró que el art. 56 ter permite evaluar los avances y el resultado del tratamiento resocializador considerando la naturaleza propia del delito. En ese caso, Morín agregó que la ausencia de estabilidad y habitualidad laboral, de normativa y sostén del grupo de origen, la desvinculación con su descendencia, a lo que sumó la estructura perversa y la falta de culpa y afectividad en relación al delito cometido, permitían fundar un pronóstico de grave riesgo pese a lo difuso del término. Un criterio análogo tuvo este último magistrado en “Aguilar” (Sala 2, reg. 107, rta. 21/2/2018) en el cual evaluó que el solicitante de libertad asistida participó solo ocasionalmente, y con frecuentes abandonos, en los tratamientos brindados y que existía rigidez de personalidad, dificultades para la adaptación, impulsividad y la inobservancia de las imposiciones cuando consiguió otros egresos.

En torno al cumplimiento de los objetivos del tratamiento, o sus resultados, en “Spivacow” (Sala 3, reg. 746, rta. 20/9/2016) los jueces Magariños y Mahiques indicaron que al no tratar voluntariamente la adición, se renuncia a otro modo de cumplimiento de pena. Mientras tanto, en “Godoy Segovia” (Sala de Turno, reg. 1432/2016, rta. 18/11/2016) se consideró pertinente analizar el resultado del tratamiento de reinserción social para determinar ausencia de riesgo (voto de Jantus, Sarrabayrouse y Días).

En torno a los delitos sexuales, en “Aguirre” (Sala 3, reg. 1291, rta. 8/10/2018) el juez García sostuvo que el riesgo solo puede ser examinado en el sentido de reiteración específica no solo a la tipicidad, sino también a la naturaleza concreta de los hechos por los que fue condenado. De este modo, precisó, no realizar tratamiento específico por delitos sexuales no es la razón de la denegación, sino la actitud frente al tratamiento que le ofrecieron.

En “Britos” (Sala 2, reg. 1057, rta. 25/10/2017) el tratamiento específico para culpables de delitos sexuales y los informes de profesionales que intervienen fueron considerados adecuados para fundar y valorar juicio exigido por las normas que regulan los egresos anticipados (voto de Días y Morín). La misma postura puede hallarse en “Ramírez” (Sala 2, reg. 1158, rta. 13/11/2017, mismos integrantes, a los que se suma Sarrabayrouse). En ambos casos, los condenados tenían buena calificación. En el primero contaba, además, con dictamen favorable del Consejo Correccional, mientras que en el segundo no, pese a que gozaba de salidas transitorias.

En “Minassian” (Sala de Turno, reg. 837, rta. 19/8/2016) los jueces Jantus, Días y Sarrabayrouse señalaron que no se había refutado el argumento vinculado al escaso avance en el tratamiento específico pese a fundamentar que la defensa lo tildaba de estigmatizante, humillante, o que priorizaba otros objetivos. En sentido similar, en “Álvez” (Sala de turno, reg. 453, rta. 29/3/2017, voto de Jantus, Bruzzone y Niño) sostuvieron que la defensa no había discutido que el abordaje del CAS –hoy llamado POS, programa de tratamiento para ofensores sexuales– pueda ser un criterio para estimar la modificación de la forma de cumplimiento de pena, y que no bastaba que se sostenga que tal postura estaba teñida de criterios de peligro en abstracto propios del derecho penal de autor para considerar irrazonable lo decidido.

En lo que hace a la conducta observada durante los distintos institutos, en el caso “Sayegh” (Sala 2, reg. 1009, rta. 18/10/2017) los jueces Días, Morín y Sarrabayrouse aclararon que el riesgo evaluado a partir de los comportamientos demostrados por el condenado mientras gozó de regímenes de libertades anteriores se encuentra correctamente fundado en los términos del art. 54. En igual sentido, en “Quiñones” (Sala 3, reg. 932, rta. 7/8/2018) se valoró en forma negativa la comisión de delitos durante el goce de salidas

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

transitorias y libertad condicional (voto de Magariños y Huarte Petite, disidencia de Jantus).

Nuevamente, en lo que hace a la distinción o similitud entre el pronóstico de reinserción y el diagnóstico de riesgo, en el caso “Amarales” (Sala 3, reg. 299, rta. 18/4/2017) los jueces Magariños y Jantus afirmaron que el riesgo no puede ser otra cosa que el pronóstico de reinserción social para evitar, de ese modo, llegar a una concepción peligrosista extrema. El juez Niño agregó que, además, los referentes del núcleo de resocialización hicieron saber la imposibilidad de dar contención y que los resortes estatales para evitar situación de peligro, a veinte días del agotamiento de la pena, resultaban imposibles de producir.

En una posición que podría entenderse como incompatible con la anterior, en el fallo “Frías” (Sala 3, reg. 968, rta. 29/11/2016) se había definido que el riesgo no es a conductas contra los mismos bienes jurídicos materia de condena y que la gravedad podía interpretarse como grado de riesgo existente. Lo decisivo no era el carácter de riesgo de la afectación de determinados bienes jurídicos, sino que el individuo, con esas características, representa un riesgo serio para sí o para terceros (voto de Magariños y Mahiques).

Se ve hasta aquí que existen variadas interpretaciones sobre lo que implica considerar la existencia de un grave riesgo, la definición de esto último, o los elementos que pueden servir para darle sustento. Hacer hincapié en que se trata de una forma distinta de aludir al pronóstico de reinserción social no termina de explicar por qué motivo, pese a tantas reformas, siempre la causal denegatoria se mantuvo inalterada, aunque es cierto que esta postura tiene a su favor la indicación del art. 104 de la LEP.

Es claro que se parte de la inexistencia de un riesgo como presunción, sobre la base del escaso remanente de tiempo en prisión que resta por cumplir. La redacción actual del art. 54 pareciera sumar una pauta favorable adicional, ya que exige una elevada calificación de conducta, es decir, una sostenida demostración de observancia de las regulaciones de disciplina, orden y convivencia (art. 100 LEP). Por el contrario, en respuesta al fallo “Amarales”, no es tan claro que una prognosis de readaptación no sea también, al fin y al cabo, un criterio peligrosista.

Buena parte de la jurisprudencia a la que hice alusión parece entender la libertad asistida como una libertad condicional con otro requisito temporal y sin el obstáculo de la reincidencia. Creo, sin embargo, que una nota distintiva está en su naturaleza de ser su concesión la regla –incluso en la redacción actual, como ya señalé en otros párrafos–. En la definición de este instituto es clave la importancia que se asigna, también en términos de reinserción, al acompañamiento estatal en el proceso gradual de reintegro al medio libre, y la evitación o rehabilitación contra los efectos alienantes y deteriorantes del encierro prolongado que se pretende evitar al darse por supuesta la aflicción que provoca. Con un poco de imaginación, podemos suponer el nivel de desadaptación a las nuevas tecnologías y a las cuestiones rutinarias más triviales en que se encuentra quien estuvo los últimos diez años confinado a unos pocos metros cuadrados amurallados y fuertemente custodiados, bajo estrictas reglas de orden, disciplina, seguridad, recuento, puntualidad, etc.

La calificación de concepto se asigna en base al cumplimiento de los objetivos asignados y de allí se deduce la potencial reinserción. Sin embargo, no se ve en cada caso compatible la no realización de un tratamiento específico con la afirmación de una muy probable reiterancia delictiva. Se termina negando la libertad asistida, por ejemplo, por no participar de un espacio de rehabilitación, y no porque pueda sostenerse que el individuo recaerá en el consumo de estupefacientes y en nuevos delitos vinculados. En ese razonamiento se están saltando muchos pasos futuros que no están directamente vinculados, como muchas veces ni siquiera fue probada la incidencia del consumo en el hecho objeto de la condena concreta sufrida. Esto permite insistir en los lineamientos de la doctrina de nuestro máximo tribunal sobre el cuestionable traslado a casos concretos de las conclusiones estadísticas de ciertos factores como indicadores de riesgo. En todo caso, esa investigación empírica puede sí ser adecuada para diagramar un tratamiento, pero no para afirmar un riesgo concreto, probable e inminente a producirse en los próximos 3 o 6 meses.

La naturaleza misma de la libertad asistida atiende más a lo valioso que puede resultar que el individuo sea supervisado en libertad los últimos meses previos al agotamiento de su pena que al resultado que pueda tener intensificar un tratamiento intramuros en ese mismo periodo sin que exista ninguna posibilidad de control posterior. Restando tres o seis meses no hay mucho tiempo para ajustes o también puede que estos no sean necesarios. Por lo tanto, el egreso bajo ciertas reglas y con acompañamiento estatal por un periodo limitado se aprecia más adecuado para lograr una paulatina y gradual readaptación que la simple soltura el último día dejando librado al individuo a su suerte, sin ninguna orientación.

Las decisiones estatales deben ser fundadas, razonables y eficientes. Cualquier resolución que niegue una libertad asistida bajo el pretexto de prevenir un riesgo para el interno no puede colocarlo en una situación más peligrosa. Esto es lo que ocurre en la actualidad con el nivel de hacinamiento que viene incrementándose de manera sostenida y que estadísticamente demuestra tiene peso en la probabilidad de sufrir ataques físicos. Por eso es necesario conocer qué tipo de riesgo se afirma como existente, para permitir que puedan analizarse y proponerse medidas cuya adopción lo neutralicen o minimicen.

3. ANALISIS GENERAL DE LOS FALLOS

3.1. Cantidad, porcentaje y distribución de los votos

Concluida la exposición de los elementos de la libertad asistida según distintos fallos de la Cámara, pasará a continuación a realizar un análisis general sobre la jurisprudencia.

Casi todos los recursos fueron presentados por la defensa –oficial, en mucho menor medida, particularmente contra el rechazo de la libertad asistida. Como excepción puedo citar un planteo del Ministerio Público Fiscal –único recurso del tema presentado por este organismo– donde cuestionó la concesión del egreso. Fue declarado inadmisibles (“Cuevas”, Sala de Turno, reg. 1565, rta. 19/12/2016). En otro, también declarado inadmisibles, la libertad había sido otorgada pero estaba en discusión la regla de conducta aplicada (“Carballo”, Sala de Turno, reg. 1141, rta. 21/12/2015). Finalmente, en una ocasión se trató la posible aplicación de la libertad asistida en términos de libertad condicional, instituto previsto en el régimen de ejecución de penas de la provincia de Buenos Aires, ley 12.256 (“Liendo”, Sala de Turno, reg. 1231, rta. 21/10/2016). Obtuvo idéntica respuesta.

Las decisiones por año se dividen de la siguiente manera: durante el año 2015: 17 recursos favorables¹⁸, 7 inadmisibles¹⁹ y 2 rechazados²⁰; en el 2016: 4 favorables²¹, 16 inadmisibles²² y 8 rechazados²³; en el 2017:

¹⁸ Sala 1 “Gentile” Reg 147 12/06/2015; Sala 1 “Casanovas” Reg 175 22/06/2015; Sala 1 “Romero” Reg 202 30/07/2015; Sala 1 “Zambrana” Reg 234 10/07/2017; Sala 1 “Cabrera” Reg 241 13/07/2015; Sala 2 “Pesce” Reg 258 17/07/2015; Sala FERIA “Pavón” Reg 281 23/07/2015; Sala FERIA “Soto Cuellar” Reg 296/2015 31/07/2015; Sala FERIA “Arias” Reg 298 31/07/2015; Sala FERIA “Peña Leyloubet” Reg 300 31/07/2015; Sala FERIA “Ojeda Silvera” Reg 303 4/08/2015; Sala 3 “Cabail Abad” Reg 304 4/08/2015; Sala 1 “Riquelme” Reg 352/2015 20/08/2015; Sala 1 “Gómez” Reg 354 20/08/2015; Sala 1 “Pepe” Reg 355 20/08/2015; Sala 2 “Soldati” Reg 359 20/08/2015; “Pedraza” Reg 680/2015 25/11/2015.

¹⁹ Sala T “Benítez” Reg 275 19/05/2015; Sala T “Vázquez” Reg 380 10/06/2015; Sala T “Fernández” Reg 643 14/08/2015; Sala T “Vallejos” Reg 933 23/10/2015; Sala T “Villa” Reg 941 23/10/2015; Sala T “Carballo” Reg 1141 21/12/2015; Sala T “Argul” Reg 1167 29/12/2015.

²⁰ Sala 1 “Barrios” Reg 621 4/11/2015; Sala 3 “Murta” Reg 656 10/11/2015.

²¹ Sala FERIA “Pereyra” Reg 2 7/01/2016; Sala FERIA “Espinosa” Reg 3 7/01/2016; Sala FERIA “Castañeda” Reg 10 12/01/2016; Sala FERIA “Mini” Reg 11 12/01/2016.

²² Sala T “Firmapaz” Reg 180 29/02/2016; Sala T “Minassian” Reg 837 19/08/2016; Sala T “Barrientos” Reg 874/2016 24/08/2016; Sala T “Pérez” Reg 1006 8/09/2016; Sala T “Ramos” Reg 1027 13/09/2016; Sala T “Guimarey” Reg 1091 20/09/2016; Sala T “Palmisano” Reg 1132 5/10/2016; Sala T “Liendo” Reg 1231 21/10/2016; Sala T “Parada” Reg 1440 8/11/2016; Sala T “Carrillo” Reg 1384/2016 11/11/2016; Sala T “Escudero” Reg 1425 18/11/2016; Sala T “Montiel” Reg 1428 18/11/2016; Sala T “Godoy Segovia” Reg 1432 18/11/2016; Sala T “Morales” Reg 1436 18/11/2016; Sala T “Suárez” Reg 1453 24/11/2016; Sala T “Cuevas” Reg 1565 19/12/2016.

²³ Sala FERIA “Baglioni” Reg 16 15/01/2016; Sala FERIA “Sánchez” Reg 25 15/01/2016; Sala FERIA “Tapia” Reg 110 22/02/2016; Sala 3 “Spivacow” Reg 746 20/09/2016; Sala 3 “Heredia” Reg 967 29/11/2016; Sala 3 “Frías” Reg 968 29/11/2016; Sala 2 “Chávez” Reg 973 5/12/2016; Sala 3 “Farías” Reg 1025 13/12/2016.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

6 favorables²⁴, 21 inadmisibles²⁵ y 9 rechazados²⁶; En el 2018: 5 favorables²⁷, 20 inadmisibles²⁸ y 7 rechazados²⁹. En 2019, al 7 de abril de 2019, 1 favorable³⁰, 2 inadmisibles³¹, ningún rechazo.

Aclaro que por “favorables” tomo aquellos casos tanto en los que se hizo lugar a lo requerido, como en los cuales la Cámara declaró la nulidad de lo resuelto independientemente de los argumentos y petitorios de las partes.

Llama la atención que los recursos declarados inadmisibles superan a las otras dos variantes sumadas, y su número empieza a incrementarse a partir del año 2016. Esto puedo, en parte, explicarlo si se tiene en cuenta que mediante acordada 7/2017 la Cámara sostuvo que debían tomarse medidas, en virtud de la situación de emergencia que atravesaba la Sala de Turno por la cual al 31 de mayo de 2017 se contaba con 1494 causas a la espera de tratamiento. Por este motivo, se decidió su distribución equitativa a las salas de turno para resolver sobre la admisibilidad de los recursos entre las tres integraciones de la Sala que iban a actuar entre el 1 de junio y el 14 de julio de ese año. En esa ocasión se consideró, también, disminuir los casos en los que se declare la admisibilidad de los recursos.

Más allá de lo que pueda haber ocurrido en algún caso aislado, el déficit del recurso no suele estar en la fundamentación³², sino en el “caso” que se plantea ante la Cámara y la carga de tareas que está en condiciones de enfrentar. Seguir el trámite de audiencia de los arts. 465 y 468 del CPPN para todos los recursos que ingresan y se mantienen contra decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, los tribunales orales en lo Criminal y Correccional y los juzgados nacionales de Ejecución Penal (arts. 23 y 491 CPPN) genera inevitablemente un efecto de cuello de botella que, como respuesta jurisdiccional, provoca el uso de la inadmisibilidad a modo de filtro, con similitudes al art. 280 del CPCCN

²⁴ Sala 1 “Machado Marcial” Reg 103/2017 23/02/2017; Sala 2 “Godoy” Reg 287 20/04/2017; Sala 3 “Aranda Arguello” Reg 1033/2017 17/10/2017; Sala 1 “Chávez” Reg 1082 30/10/2017; Sala 1 “Dueñas Berrocal” Reg 1307 12/12/2017; Sala 1 “Coronel Alvarenga” Reg 1312 12/12/2017.

²⁵ Sala 1 “Mare” Reg 157 10/03/2017; Sala T “Alf” Reg 321 13/03/2017; Sala T “Alf” Reg 344 17/03/2017; Sala T “Álvez” Reg 453 29/03/2017; Sala T “Ruiz Ledesma” Reg 534 29/03/2017; Sala T “Pereyra” Reg 947 6/06/2017; Sala T “Ovando” Reg 982 12/06/2017; Sala T “Orona” Reg 1004 12/06/2017; Sala T “González” Reg 1244bis 26/06/2017; Sala T “Ramírez” Reg 1265 30/06/2017; Sala T “Franco” Reg 1927 7/07/2017; Sala T “Casco” Reg 1538 20/07/2017; Sala T “De Sosa” Reg 1539 20/07/2017; Sala T “Carreño” Reg 2047 4/08/2017; Sala T “Panduri” Reg 2361 28/07/2017; Sala T “Hollman” Reg 2448 14/09/2017; Sala T “Ortiz Aguirre” Reg 2587 29/09/2017; Sala T “Ríos” Reg 2810 13/10/2017; Sala T “Rofrano” Reg 2878 18/10/2017; Sala T “López” Reg 3005 7/11/2017; Sala T “Nápoli” Reg 3177 1/12/2017.

²⁶ Sala 3 “Amarales” Reg 299 18/04/2017; Sala 3 “Clavel” Reg 311 25/04/2017; Sala 2 “Moser” Reg 315 27/04/2017; Sala 1 “Barraza” Reg 401 24/05/2017; Sala 3 “Miranda” Reg 768/2017 22/08/2017; Sala 2 “Sayegh” Reg 1009 18/10/2017; Sala 2 “Britos” Reg 1057 25/10/2017; Sala 2 “Ramírez” Reg 1158 13/11/2017; Sala 2 “Díaz” Reg 1315 13/12/2017;

²⁷ Sala 3 “Barrionuevo” Reg 81 15/02/2018; Sala 1 “Toledo” Reg 299 27/03/2018; Sala 2 “Sosa” Reg 1245 1/10/2018; Sala 2 “Jara” Reg 1328 18/10/2018; Sala 1 “Galiazzi” Reg 1341 24/10/2018

²⁸ Sala T “Sánchez” Reg 23 12/01/2018; Sala T “Flores” Reg 28 12/01/2018; Sala T “Mareco” Reg 31 12/01/2018; Sala T “Crussita” Reg 54 26/01/2018; Sala T “Garrone” Reg 450 6/04/2018; Sala T “Carrizo” Reg 508 13/04/2018; Sala T “Silva” Reg 772 23/05/2018; Sala T “Rodríguez” Reg 859 8/06/2018; Sala T “Esperanza” Reg 916 15/06/2018; Sala T “Caicedo Calderón” Reg 924 15/06/2018; Sala T “Rodríguez” Reg 934 22/06/2018; Sala T “Castillo” Reg 988 29/06/2018; Sala T “Urey” Reg 1386 14/09/2018; Sala T “Pérez” Reg 1424 21/09/2018; Sala T “Herrera Juárez” Reg 1733 12/11/2018; Sala T “Galeano” Reg 1793 23/11/2018; Sala T “Giménez” Reg 1799 3/11/2018; Sala T “Ríos” Reg 1830 3/12/2018; Sala T “Duarte” Reg 1816 3/12/2018; Sala T “Sanabria” Reg 1886 13/12/2018.

²⁹ Sala 2 “Aguilar” Reg 107 21/02/2018; Sala 3 “Quiñones” Reg 932 7/08/2018; Sala 2 “Hollman” Reg 983 22/08/2018; Sala 1 “Meza” Reg 1120 12/09/2018; Sala 1 “Colombo Ojeda” Reg 1166 21/09/2018; Sala 2 “Lago” Reg 1202 26/09/2018; Sala 3 “Aguirre” Reg 1291 8/10/2018.

³⁰ Sala 1 “Andrino” Reg 109 21/02/2019

³¹ Sala T “Piferrer” Reg 327 11/03/2019; Sala T “Leiva” Reg 322 11/03/2019

³² A la gran mayoría de estos casos, por lo general, tras un detalle de los puntos controvertidos, la Sala de Turno ocupada en cuestiones de admisibilidad responde sistemáticamente, entre otras cosas, que “la defensa no rebate de modo sustancial y concreto los fundamentos de la decisión cuestionada. Tampoco demuestra la arbitrariedad alegada ni la naturaleza del error o inobservancia de la ley aplicable al caso ni precisa cuál sería la materia federal involucrada y cuál la relación directa entre esta y la solución que se pretende, en los términos de la doctrina de fallos 328:1108 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia”). Otra fórmula habitual es aquella que señala que la crítica consiste en una mera discrepancia con el criterio empleado por el *a quo*.

que emplea la CSJN.

Para ilustrar aún más esta afirmación puedo decir que tengo relevados desde 2015 hasta fines de octubre de 2018, solo en materia de ejecución penal, unos 64 recursos sobre estímulo educativo, 220 sobre libertad condicional, 66 sobre salidas transitorias y arresto domiciliario, 43 sobre sanciones, 58 sobre libertad asistida y 26 sobre otras decisiones (cómputo, extrañamiento, *probation*). Son 477 en total, mientras que en el mismo período existieron unas 458 declaraciones de inadmisibilidad sobre todos esos temas, de las cuales, no es casual, en el año 2017 se dictaron 265.

Cambiando el foco, dividiré a continuación los 125 casos según juzgado de origen y resultado del recurso: respecto a los declarados inadmisibles: 22 proceden del JEP 1, 24 del JEP 3, 14 del JEP 4, y 6 del JEP 5 –que entró en funciones en junio del año 2017. Los recursos rechazados provienen: 4 del JEP 1, 12 del JEP 3, 9 del JEP 4 y 1 de un tribunal indeterminado. Finalmente, respecto a los favorables: 9 revirtieron la decisión del JEP 1, 7 el JEP 3, 15 del JEP 4 y en 2 casos no logré determinar el tribunal. Si se reúnen en una misma categoría los rechazados e inadmisibles, y se los contrasta con los favorables, el orden queda del siguiente modo: JEP 1: 26-7; JEP 3: 36-7; JEP 4: 23-15; JEP 5: 6-0. En porcentaje, fueron exitosos el 21,21% de los recursos presentados ante el JEP 1; el 16,27% ante el JEP 3; y el 39,47% ante el JEP 4. Ninguno prosperó contra el JEP 5 aunque hayan sido muy pocos hasta el momento.

En los 33 fallos favorables, los jueces de la Cámara se han pronunciado del siguiente modo: García, 19 votos a favor; Sarrabayrouse, 15; Garrigós de Rébora, 12; Días, 10 (y 2 disidencias³³); Bruzzone, 9; Niño, 8; Morín, 8 (y 1 disidencia³⁴); Magariños 3 (y 1 disidencia³⁵); Rimondi, 2; Jantus, Mahiques, Huarte Petite y Llerena, 1 voto favorable cada uno. Actualmente, Mahiques, Garrigós de Rébora y Niño no integran más el tribunal de casación, y Huarte Petite, Llerena y Rimondi los reemplazaron en el orden mencionado.

Respecto a los 26 recursos rechazados: Morín, 12 intervenciones; Sarrabayrouse 11 (y 1 disidencia³⁶); Magariños y Días, 9; García, 7; Jantus, 6 (y 4 disidencias³⁷); Mahiques, 6; Bruzzone y Niño, 4; Huarte Petite, 3; Llerena, 1.

Por último, la distribución de votos en los recursos declarados inadmisibles respecto a la libertad asistida es la siguiente: Jantus, 28; Días 24 (y 1 disidencia³⁸); Sarrabayrouse y Morín, 23; Bruzzone, 17 (y 2 disidencias³⁹); Magariños, 17; Garrigós de Rébora, 8 (y 1 disidencia⁴⁰); García y Llerena, 8; Niño, 7 (y 2 disidencias⁴¹); Huarte Petite y Rimondi, 7; Mahiques, 4. La salvedad que puede hacerse en este párrafo es el voto de Jantus, Sarrabayrouse y Días en el fallo “Cuevas” antes citado, dado que si bien se pronunciaron por la inadmisibilidad, el recurso había sido presentado por el Ministerio Público Fiscal contra el auto que autorizaba el egreso. Todos los demás recursos analizados en esta presentación fueron a iniciativa de la defensa (pública oficial en la abrumadora mayoría).

En total, separado por votos a favor y en contra (rechazo e inadmisibilidad), y agregando el porcentaje de recursos que prosperaron, la tabla queda del siguiente modo: Sarrabayrouse, 50 votos (16/34; 32%); Días, 46 (11/35; 23,91%); Morín, 44 (8/36; 18,18%); Jantus, 39 (5/34; 12,82%); García, 34 (19/15; 55,88%); Bruzzone, 32 (11/21; 34,37%); Magariños, 30 (3/27; 10%); Garrigós de Rébora, 21 (13/8; 61,90%); Niño, 21 (10/11; 47,61%); Mahiques, 11 (1/10; 9,09%); Huarte Petite, 11 (1/10; 9,09%); Llerena, 10 (1/9; 10%); Rimondi, 9 (2/7; 22,22%). De un total de 358 votos, 101 (28,21%) han sido favorables y 257 (71,78%) adversos. Se ve aquí que en términos de libertad asistida, los jueces García y Garrigós de Rébora son los únicos que tienen mayor cantidad de votos a favor de la defensa.

³³ En “Cabrera” Reg 241/2015 del 13/07/2015 y “Zambrana” Reg 234/2015 del 10/07/2015.

³⁴ En “Pesce” Reg 258/2015 del 17/07/2015.

³⁵ En “Aranda Arguello” Reg 1033/2017 del 17/10/2017

³⁶ En “Britos” Reg 1057/2017 del 25/10/2017.

³⁷ En “Murta” Reg 656/2015 del 10/11/2015; “Heredia” Reg 967/2016 del 29/11/2016; “Frías”. Reg 968/2016 del 29/11/2016; “Quiñones” Reg 932/2018 del 7/08/2018.

³⁸ En “Rofrano” ST 2878/2017 del 28/10/2017.

³⁹ En “Carballo” ST 1141/2015 del 21/12/2015; “Argul” ST 1167/2015 del 29/12/2015.

⁴⁰ En “Orona” ST 1004/2017 del 12/06/2017.

⁴¹ En “Benítez” ST 275/2015 del 19/05/2015; “Crussita” ST 54/2018 del 26/01/2018.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Si se quitan de la ecuación los recursos declarados inadmisibles, para analizar los casos con pronunciamiento sobre el fondo, se suman otros jueces a esa última conclusión, los cuales se subrayarán: Sarrabayrouse, 27 (16/11; 59,25%); García, 26 (19/7; 73,07%); Días, 22 (11/11; 50%); Morín, 21 (8/13; 38,09%); Bruzzone, 15 (11/4; 73,33%); Magariños, 13 (3/10; 23,07%); Garrigós de Rébori, 12 (13/0, 100%); Niño, 14 (10/4; 71,42%); Jantus, 11 (5/6, 45,45%); Mahiques, 7 (1/6; 14,28%); Huarte Petite, 4 (1/3, 25%); Llerena, 2 (1/1, 50%), Rimondi, 2 (2/0, 100%). De 169 votos, 93 (55,02%) han sido favorables y 76 adversos.

Entonces, de 125 recursos, solo fueron favorables el 26,40% (33). Dejando de lado que más de la mitad de los recursos se ha considerado inadmisibles (66), en los que se ha tratado el fondo de la cuestión han prosperado el 55,93% sobre un total de 59, cifra prácticamente idéntica a la cantidad de votos positivos dada en el párrafo anterior. Es un porcentaje bastante significativo. Debe considerarse que el rechazo de la libertad asistida estuvo previsto como una excepción (según redacción original del art. 54 de la ley 24.660, que abarca a la mayoría de las personas detenidas en la actualidad). El nivel de respeto a esta norma no puede extraerse directamente de esta estadística sin conocer previamente el porcentaje de libertades autorizadas directamente por los JEP, o que son rechazadas y no recurridas. La conclusión que sí entiendo posible deducir es que existe un alto número de casos que podrían haber sido resueltos favorablemente en la primera instancia, y debió acudir a la Cámara para que se reconozca el derecho.

3.2. Tablas de elementos de los casos

Expondré a continuación una serie de tablas que, confío, pueda servir para orientar sobre las cuestiones que son analizadas por la Cámara al momento de decidir sobre la admisibilidad de un recurso.

Previamente, unas aclaraciones: tras la recolección y sistematización, del análisis de los fallos consideré pertinente la extracción de elementos o variables que son mencionados frecuentemente en cualquiera de los votos de las sentencias, ya sea en la valoración propiamente dicha, como en el repaso de los antecedentes –argumentos de las partes, considerandos de la resolución de los JEP–. No puede descartarse, sin embargo, que alguno de estos ítems esté presente sin que se mencione en la resolución (por ejemplo, la opinión adversa o favorable de la fiscalía o de los informes penitenciarios, que forma parte de todas las incidencias).

Por supuesto, no todos los elementos tienen el mismo peso. Aspectos negativos dentro del tratamiento pueden estar presentes en supuestos donde la libertad fue rechazada y donde fue admitida, pero lo decisivo terminó siendo la opinión de la fiscalía. También puede haber analogía de variables en casos donde hubo un pronunciamiento de fondo y otros donde el recurso directamente fue declarado inadmisibles. No se puede ser muy concluyente al respecto porque sería necesario complementar la información con la lectura de los recursos para conocer si el déficit estuvo en la fundamentación o si esta fue una excusa para enmascarar otros motivos, tales como la necesidad de limitar la cantidad de casos a tratar bajo el trámite de audiencia para optimizar recursos.

Muchos de los elementos no son independientes entre sí. Por ejemplo de la existencia de quebrantamientos de institutos liberatorios previos, o de una mala calificación, puede derivar que el interno obtenga informes penitenciarios negativos, y a su vez esto puede incidir en la opinión que se forme la fiscalía sobre el caso. Podría también con la ayuda de otras fuentes –el examen de los expedientes, o de los informes penitenciarios– intentar establecerse ciertos patrones que se reiteran. Por ejemplo, la opinión negativa de algunas áreas de los consejos correccionales siempre que el concepto del interno sea inferior a bueno pese a que puntualmente no tengan nada malo que reportar en las actividades específicas que supervisan –art. 100 del decreto 396/99–. Las tablas solo permitirán una aproximación a esa idea, sin permitir una conclusión categórica.

Por otro lado, la enumeración está orientada a ayudar a que cada interesado pueda confrontar su caso con alguno de los existentes en la tabla, previa identificación de los elementos en común, como herramienta para identificar el precedente que pueda serle útil.

Las columnas se dividen en oposición fiscal (OF), informes negativos (“Inf -”, esto incluye pronóstico de reinserción desfavorable, o de riesgo, sea por mayoría o unanimidad de votos del Consejo Correccional, además de las bajas calificaciones o falta de evolución), quebrantamientos (“Queb”, casos donde el detenido gozó de alguna modalidad de egreso anticipada y fue revocada, cualquiera haya sido la causa), tratamiento (“trat”, hace referencia al resultado negativo o expectante en torno a un tratamiento dispuesto

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

o pendiente, a la negativa a realizarlo), rasgos de la personalidad (“Rasg”, siempre negativos, ya se mencione falta de arrepentimiento, algún trastorno de la personalidad, falta de ideas reparatorias, empatía, etc), consumo problemático (“Cons”, incluye uso, abuso o adicción presente o pasado de cualquier tipo de drogas o alcohol), antecedentes (“Ante”, ya sea cuando se lo menciona como reincidente, o la mera referencia a hechos delictivos pasados, aún sin haber sido objeto de investigación y condena. También delitos cometidos durante el quebrantamiento de una modalidad de egreso), contención (“cont”, tiene que ver con las condiciones exteriores, ya sea no contar con referentes o un proyecto laboral, o que esta contención sea vista como insuficiente o mala. También cuando se menciona escasa capacitación o habitualidad laboral y/o educativa), otras detenciones (“OD”, en referencia a otras causas donde por las que se encuentra simultáneamente detenido, o están en trámite), delito sexual (DS) y delito de género (DG). Las variables en cuestión no suelen ser distintas a otras que se tratan en incidentes de libertad condicional o salidas transitorias. A la hora de dictaminar sobre grave riesgo, efectos beneficiosos o pronóstico de reinserción social el servicio penitenciario evalúa indistintamente los mismos elementos.

Subrayo los apellidos en aquellos casos donde ha existido disidencia de alguno de los miembros de la Sala. Los recursos que no se mencionan en las tablas son consecuencia de no resolver propiamente concesiones o rechazos de libertad asistida. Las filas con fondo gris marcan el cambio de año de los precedentes.

3.3. Recursos declarados inadmisibles

Causa ⁴²	OF	Inf -	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	OD	DS	DG
<u>Benítez</u>	X	X		X	X	X		X			
Vázquez		X									
Fernández	X	X	X								
Vallejos	X								X		
Villa	X								X		
<u>Argul</u>	X	X	X								
Firmapaz	X	X							X		
Mínassian	X			X	X					X	
Barrientos	X	X			X	X					X
Pérez	X	X	X								
Ramos	X	X	X		X			X			
Guimarey	X	X						X			
Palmisano		X		X							
Parada	X	X									
Carrillo	X	X		X	X					X	
Escudero	X	X		X		X					
Montiel	X	X	X			X					
Godoy Segovia	X	X	X	X	X						X
Morales	X	X		X		X	X	X			
Suárez	X	X		X	X		X	X			

⁴² Aparecen en el orden de las citas 2, 5, 8 y 11.

Referencia Jurídica e Investigación
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
 Ministerio Público de la Defensa

Causa	OF	Inf -	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	OD	DS	DG
Cuevas ⁴³	X		X								
Alí	X	X									
Alí	X	X						X			
Álvez	X	X		X	X					X	
Ruiz Ledesma	X	X	X								
Pereyra	X	X	X								
Ovando	X	X									
<u>Orona</u>	X	X	X		X			X			
González	X	X			X		X	X			
Ramírez	X	X									
Franco	X	X	X		X		X				
Casco	X	X	X		X						X
De Sosa	X	X						X			
Carreño		X			X					X	
Panduri	X	X	X			X					
Hollman	X	X	X		X						
Ortiz Aguirre	X	X				X		X			
Ríos	X	X									
<u>Rofrano</u>	X	X	X				X	X			
López		X	X			X	X				
Nápoli	X	X				X				X	
Sánchez	X	X		X			X				
Flores	X	X	X				X	X			
Mareco	X	X		X							
<u>Crussita</u>	X	X					X	X			
Garrone	X	X				X		X			
Carrizo	X	X			X	X	X				
Silva	X	X			X		X				
Rodríguez	X	X			X						
Esperanza	X	X			X						
Caicedo Calderón	X	X						X			
Rodríguez	X	X			X			X			X

⁴³ Como mencioné, este es un caso de recurso fiscal.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Causa	OF	Inf -	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	OD	DS	DG
Castillo	X	X			X			X			
Urey	X	X				X		X			
Pérez	X	X									
Herrera Juárez	X	X				X					
Galeano	X	X	X	X			X				
Giménez	X	X			X	X	X	X			
Ríos	X	X			X	X	X				
Duarte	X	X		X	X	X					
Sanabria	X	X		X	X	X					
Piferrer	X	X			X						
Leiva	X	X			X						
63	59	59	18	14	26	17	14	19	3	5	4
%	93,6	93,6	28,57	22,2	41,2	26,9	22,2	30,1	4,7	7,9	6,3

3.4. Recursos rechazados

A continuación, pueden observar un cuadro que contempla los mismos elementos, a excepción de la columna de “otras detenciones” que suprimí, y agregué la columna informes positivos (Inf +):

Causa ⁴⁴	OF	Inf -	Inf +	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	DS	DG
Barrios	X		X	X				X			
<u>Murta</u>		X		X							
Baglioni	X	X			X	X				X	X
Sánchez		X			X						
Tapia	X	X			X	X			X	X	
Spivacow		X			X		X				
<u>Heredia</u>		X					X				
<u>Frías</u>		X									
Farías		X				X					X
Amarales		X						X	X		
Clavel		X							X		
Moser	X	X				X		X	X		
Barraza	X	X		X			X		X		
Miranda		X									X
Sayegh	X		X	X				X			
<u>Britos</u>	X		X		X	X				X	

⁴⁴ En el orden expuesto en citas 3, 6, 9 y 12.

Referencia Jurídica e Investigación
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
 Ministerio Público de la Defensa

Causa	OF	Inf -	Inf +	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	DS	DG
Ramírez		X				X				X	
Díaz	X	X				X		X			
Aguilar	X	X		X		X	X				
<u>Quiñones</u>			X	X				X			
Hollman	X	X		X		X		X	X		
Colombo Ojeda	X	X				X		X	X		
Lago		X						X			
Aguirre	X	X				X				X	
24	12	20	4	7	5	11	4	9	7	5	3
%	50	83,3	16,6	29,1	20,8	45,8	16,6	37,5	29,1	20,8	12,5

3.5. Recursos favorables

Seguidamente, elaboré otro cuadro que contempla los mismos elementos, con la excepción que agregué la columna “conformidad fiscal” (CF), ya que ha sido un aspecto decisivo en la suerte de estos recursos:

Causa ⁴⁵	OF	CF	Inf -	Inf +	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	DS	DG
Gentile		X		X					X			
Casanovas		X		X								
Romero		X		X				X				
<u>Zambrana</u>		X	X			X			X	X		
<u>Cabrera</u>		X	X		X			X		X		
<u>Pesce</u>		X		X	X							
Pavón		X	X									
Soto Cuel- llar ⁴⁶		X		X	X			X				
Arias		X		X				X				
Peña Ley- loubet		X		X		X		X	X			
Ojeda Sil- vera				X			X				X	
Cabail Abad		X		X	X				X			
Riquelme		X		X					X			
Gómez		X	X				X	X	X	X		

⁴⁵ Aparecen en el orden de citas 1, 4, 7 y 10.

⁴⁶ Se recuerda que en este caso se declaró abstracto el recurso por haberse producido el agotamiento de pena al momento de la audiencia ante la Cámara. Sin embargo, se analizó el planteo y se decidió someter a consideración del Consejo de la Magistratura la demora del JEP.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Causa ⁴⁷	OF	CF	Inf -	Inf +	Queb	Trat	Rasg	Cons	Ante	Cont	DS	DG
Pepe ⁴⁸		X	X		X			X	X	X		
Soldati		X		X				X	X	X		
Pedraza				X	X	X	X		X		X	
Pereyra		X										
Espinosa			X									
Castañeda		X										
Mini			X									
Machado Marcial			X									
Godoy	X		X				X					
<u>Aranda Ar- guello</u>			X		X		X	X		X		
Chávez				X		X	X					X
Dueñas Be- rrocal	X			X	X		X			X		
Coronel Al- varenga	X			X	X				X	X		
Barrionuevo				X	X				X			
Toledo	X			X	X				X			
Sosa	X		X		X		X	X		X		
Galiazzi		X		X	X		X	X	X	X		
Andrino	X		X		X		X					
32	6	18	12	18	14	4	10	11	13	10	2	1
%	18,7	56,2	37,5	56,2	43,7	12,5	31,2	34,3	40,6	31,2	6,2	3,1

Algunas lecturas y conclusiones sobre estos cuadros: el elevado porcentaje de incidencia de las columnas sobre dictámenes fiscales e informes penitenciarios es inevitable porque forma parte del trámite de toda incidencia. En todos los casos, los JEP recaban informes de los establecimientos penitenciarios y corren traslado a las partes (art. 54 tercer párrafo ley 24.660, art. 491 CPPN). Por otro lado, más allá que gran parte de las resoluciones tienen más de un elemento analizado, las tablas no son aptas para señalar cuál o cuáles fueron determinantes. Por ejemplo, en los casos donde existía otra causa en la que interesaba la detención del peticionante, esa cuestión fue decisiva para la suerte del recurso, aunque no quede reflejado en el gráfico. La conformidad fiscal también lo fue en todos los casos favorables.

Del cuadro de recursos rechazados puede apreciarse que falta la mitad de referencias a lo dictaminado por la fiscalía, sea en sentido adverso o favorable a lo requerido por la defensa. De hecho es notoria la diferencia con el porcentaje en que se indica este elemento en los recursos declarados inadmisibles (93,6% contra 50%). Dado que por lo general la conformidad de ambas partes decide la suerte del recurso por falta de controversia a ser dirimida, es posible intuir que en casi todos los casos donde no se aclaró, el dictamen se opuso a la concesión de la libertad asistida. Tal conclusión la extiendo al cuadro de recursos

⁴⁷ Aparecen en el orden de citas 1, 4, 7 y 10.

⁴⁸ En este caso, el informe favorable fue elaborado por el Programa de Tratamiento Interdisciplinario Individualizado e Integral (PROTIN).

Referencia Jurídica e Investigación
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
 Ministerio Público de la Defensa

concedidos.

La tabla de recursos inadmisibles y rechazados no incluye la columna de conformidad fiscal porque en ninguno de los fallos allí detallados estaba mencionado este elemento. El primero de los cuadros tampoco tiene la columna de informes positivos penitenciarios por la misma razón.

Del cuadro de rechazos puede advertirse que la opinión fiscal negativa prevaleció en tres casos contra los informes penitenciarios positivos. También el dictamen fiscal favorable fue determinante contra cinco informes negativos, según se aprecia en el último cuadro de recursos favorables.

Únicamente en tres oportunidades un recurso prosperó teniendo a la fiscalía y al Consejo Correccional en contra: “Godoy”, “Sosa” y “Andrino”. En “Godoy” la Cámara consideró nulos los informes del Servicio Penitenciario Federal por extraer conclusiones negativas de premisas favorables, y reenvió el caso para que se resuelva nuevamente, previo se exijan nuevas actuaciones. Algo similar entendió en “Andrino”. En “Sosa”, en cambio, de los informes se extraía alguna información que era favorable, mientras que el juez no había valorado que un tramo de la detención se produjo en la Unidad n° 21 bajo un tratamiento médico que impedía cumplir con los objetivos del programa de tratamiento individual.

Hubo un marcado descenso de los casos que llegaron a la Cámara con conformidad fiscal para el acceso a la libertad asistida. Hubo 15 en el 2015, 2 en 2016, ninguno en 2017, 1 en 2018 y por ahora ninguno en 2019. Como marqué, en 5 existía oposición de parte del SPF, en 5 conformidad, y en los restantes 7 se desconoce. De esto extraigo dos lecturas: por un lado se impuso el criterio del tribunal casatorio en relación a la importancia de la falta de controversia entre las partes como criterio dirimente para que los JEP no tengan prácticamente alternativa más allá de analizar la legalidad del dictamen y resolver a favor. Por lo tanto, prácticamente todos los casos que reúnan esta característica son resueltos sin necesidad de recurso. Por otro lado, si bien no puedo mostrarlo con estos números, la experiencia en el fuero me indica que también ha existido una disminución de los dictámenes positivos de parte de la Unidad Funcional de Ejecución Penal en materia de libertades, posiblemente como consecuencia de la mayor responsabilidad y exposición que genera que una postura a tono con la defensa derive en un egreso prácticamente automático. Para ilustrarlo de algún modo, puede verse que los cinco ejemplos de dictamen favorable con informes negativos penitenciarios se dieron únicamente en el año 2015.

Sumando los datos de las tres tablas obtuve los siguientes porcentajes respecto a los distintos elementos considerados:

Elemento (cant)	Inadmisible	Rechazo	Favorable
Opos fiscal (77)	76,62%	15,58%	7,79%
Conf fiscal (18)	-	-	100%
Inf neg (91)	64,83%	21,97%	13,18%
Inf pos (22)	-	18,18%	81,81%
Quebrant (39)	46,15%	17,94%	35,89%
Tratamiento (23)	60,86%	21,73%	17,39%
Rasgos Pers (47)	55,31%	23,4%	21,27%
Consumo (32)	53,12%	12,5%	34,37%
Antecedentes (36)	38,88%	25%	36,11%
Contención (36)	52,77%	19,44%	27,77%
Delito sexual (12)	41,66%	41,66%	16,66%
Delito género (8)	50%	37,5%	12,5%

Un dato que no es menor a la hora de decidir estratégicamente sobre la conveniencia de presentar un recurso contra una decisión que rechaza la libertad asistida es el tiempo remanente antes que se produzca el agotamiento de la pena. Tomando los casos de resoluciones favorables donde hay referencia a la fecha

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

de resolución del JEP puede verse lo siguiente:

Causa	Fecha resolución JEP	Fecha resolución Cámara	Tiempo
Romero	14/01/2015	30/06/2015	5 m/16d
Zambrana	2/03/2015	10/07/2015	4m/8d
Pesce	23/12/2014	17/07/2015	6m/22d
Peña Leyloubet	26/03/2015	31/07/2015	4m/5d
Arias	22/04/2015	31/07/2015	3m/9d
Soto Cuellar ⁴⁹	01/06/2015	31/07/2015	1m/30d
Ojeda Silvera	22/10/2014	4/08/2015	9m/10d
Cabail Abad	17/03/2015	4/08/2015	4m/13d
Soldati	1/06/2015	20/08/2015	2m/19d
Gómez	1/06/2015	20/08/2015	2m/19d
Godoy	28/10/2016	20/04/2017	5m/20d
Chávez	7/03/2017	30/10/2017	7m/23d
Coronel Alvarenga	28/04/2017	12/12/2017	7m/13d
Toledo	27/06/2017	27/03/2018	9m
Sosa	14/06/2018	01/10/2018	3m/16d
Galiazzi	8/08/2018	24/10/2018	2m/16d

Para ir concluyendo esta etapa de números, quiero remarcar la altísima incidencia que tiene la opinión de la fiscalía en uno u otro sentido (100% en los casos que resultaron favorables, y un 92,21% en el contrario). Los informes penitenciarios negativos también tienen un peso casi definitivo: 86,19% de posibilidades de que el recurso por la libertad asistida no prospere.

Espero que los cuadros expuestos hasta aquí permitan a los operadores contar con una herramienta adecuada para elaborar diagnósticos, y también les facilite identificar precedentes similares a sus casos en la jurisprudencia de la Cámara, teniendo en cuenta los distintos elementos expuestos.

4. CONCLUSIÓN

Como señalé, la finalidad de este trabajo fue práctica. Pretendí brindar herramientas útiles para la evaluación de casos y la viabilidad de un recurso, teniendo en cuenta los resultados que han tenido otros planteos y los criterios que ha expuesto la Cámara sobre los distintos elementos de la libertad asistida. Por eso, más allá de algunas reflexiones, no me enfoqué en dar conclusiones de tipo dogmático.

Creo que el peso de los informes penitenciarios, de cuyo contenido en buena medida depende también el dictamen fiscal, es el elemento a tener en consideración y que merece mayor trabajo de litigación. Se vio aquí que resultan difíciles de refutar en una instancia recursiva y, por lo tanto, la actuación de los operadores debe enfocarse en revertir o debilitar las conclusiones reparando en todo aquello que se hizo o se omitió durante el tratamiento penitenciario, en el trato punitivo aplicado y en la no afectación a otros

⁴⁹ Este caso, como se comentó anteriormente, es particular. La Cámara resolvió aún pese a quedar la cuestión abstracta por agotamiento de pena, y decidió que el Consejo de la Magistratura evalúe el desempeño del juez de ejecución. Tomó en consideración que la incidencia de libertad asistida se inició el 4 de septiembre de 2014 y recién se resolvió el 1 de junio de 2015.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

derechos distintos a la libertad ambulatoria (art. 2 de la LEP)⁵⁰.

Una de las primeras cuestiones que me ha resultado llamativa es la considerable cantidad de recursos declarados inadmisibles. Si bien no puedo ser concluyente sobre la cuestión, teniendo en cuenta que también son pocos los recursos sobre libertad asistida rechazados, y que el mayor incremento de casos sobre los cuales la Cámara decidió no tratar el fondo se produjo a partir del año 2017 en el cual se declaró la emergencia de la Sala de Turnos, hay buenas razones para suponer que no es la deficiente fundamentación el principal motivo que explica esta circunstancia. Es posible conjeturar con la existencia de una preselección de casos que pueden ser tratados en audiencia, mientras que sobre los restantes se busca la vía más rápida para evitar su tratamiento, posiblemente ante la constatación de las conclusiones adversas del Ministerio Público Fiscal y del Servicio Penitenciario. Del cuadro de recursos favorables puede apreciarse que solo en tres casos pudo la defensa salir airosa contra ambos organismos que se pronunciaron por el rechazo de la libertad, y en dos de ellos lo decisivo fue que lo dictaminado no era congruente con las observaciones particulares sobre el cumplimiento de los objetivos.

Resulta también llamativa la disparidad de criterios existentes para definir el grave riesgo que puede operar como obstáculo para la concesión de un instituto que legalmente fue creado para permitir el egreso anticipado de todas las personas privadas de su libertad, como mecanismo para favorecer una gradual readaptación a la sociedad con acompañamiento estatal.

Sobre esto último, de las tablas pueden apreciarse las variables que suelen ser analizadas por los magistrados, más allá de la salvedad que estas no tienen el mismo peso ni son independientes entre sí. Tales elementos no difieren significativamente de otros que son relevados en el tratamiento de la libertad condicional o las salidas transitorias. Solo se emplea un vocabulario y conclusión diferente pese a que no debería confundirse el pronóstico de reinserción con los indicadores de riesgo.

Nuevamente sobre el valor que se otorga a los informes penitenciarios al punto tal que incluso parte de la jurisprudencia propone no apartarse de estos cuando no sean manifiestamente infundados o arbitrarios: considero que de este modo se confunden cuestiones que hacen al valor probatorio de estas actuaciones y se les asigna un carácter infalible e irrefutable. La labor penitenciaria no solo debe ser controlada por el juez, sino que todo los reportes y dictámenes que realiza están sujetos a las reglas del contradictorio. A tal punto que entre la defensa y la fiscalía se debatirán las críticas y la relevancia que corresponde dar a cada uno de los distintos elementos.

Una observación a partir de este trabajo es la disminución de los dictámenes fiscales favorables a la libertad, sin que se haya comunicado algún criterio oficial de la Procuración que justifique el cambio de postura.

Con la inminente implementación del Código Procesal Penal Federal puede apreciarse que la ejecución penal se orientará en ese sentido. En su artículo 332 prevé que las incidencias deban resolverse en audiencia, con intervención de las partes, y que estas deben ocuparse de presentar la prueba que sea necesario producir. Al mismo tiempo, las decisiones de los jueces podrán ser revisadas por otros tres magistrados sorteados con ese objeto (art. 333). Esta revisión debe plantearse por escrito dentro de los cinco días, y la audiencia deberá cumplirse en igual término, con inmediata resolución. De cumplirse, esto último será una buena noticia para este tipo de incidencia que frecuentemente se ve frustrada por la demora de los incidentes y el poco tiempo remanente hasta el agotamiento de pena una vez que están dadas las condiciones para recurrir.

Sin embargo, insisto en que el mayor esfuerzo debe concentrarse en un mayor control sobre el tratamiento penitenciario que se brinda, los objetivos que se programan, el modo en que se evalúan, el personal penitenciario ocupado de esa tarea, etc. Más allá que en este trabajo procuré esbozar algunos criterios que deberían ser considerados al argumentar, la gestión probatoria no puede dejarse de lado. No produce el mismo impacto tratar de persuadir a los magistrados para que cambien la forma de evaluar o interpretar ciertas incidencias que demostrarles que en un establecimiento se exigen objetivos que están por fuera de las posibilidades de los internos, o que no se cuenta con los recursos necesarios para brindarlos, pese a

⁵⁰ Es recomendable al respecto el trabajo de Pablo Vacani “Debido proceso, condiciones carcelarias y régimen cognoscitivo. Introducción al sistema procesal de la ejecución penal”, en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

lo cual se carga esta falencia sobre la calificación de las personas privadas de su libertad.

Queda para el futuro relativamente inmediato el analizar los resultados de la implementación gradual del código procesal reformado. La primera preocupación debe ser el incremento considerable de personas privadas de su libertad a partir de la sanción de la ley 27.375 que entre otras cosas restringió todos los institutos de egreso anticipado e incluso derogó la conversión de penas privativas de la libertad menores a seis meses por tareas para la comunidad. Específicamente sobre la libertad asistida entiendo que existirán mejores condiciones para que las objeciones sobre el tratamiento penitenciario y sus evaluaciones puedan tener algún efecto en la resolución judicial, además de resultar necesario y auspicioso que se contemple un recurso de revisión para tener lugar en un lapso acotado.

Resta también conocer la decisión que tomará la Cámara en algunos casos de unificación de penas por hechos previos y posteriores a la última reforma, en torno al régimen legal que corresponda aplicar. Si bien en esta presentación expuse algunos criterios que entendí podían dar alguna pista sobre el futuro temperamento, lo cierto es que específicamente no se ha tomado aún una decisión.